



KU Leuven  
Faculteit Rechtsgeleerdheid  
Academiejaar 2014-2015

**Nationale bijkomende beschermingsstatuten voor  
vreemdelingen:**

**Nood aan verdere EU-harmonisatie en/of versterking op  
nationaal niveau?**

Marleen Maes

Promotor: Prof. dr. M.-C. Foblets  
Co-promotor: Prof. dr. D. Vanheule

Proefschrift  
ingediend met het oog op het  
verwerven van de graad van doctor in de rechten



Dankwoord.....	11
Samenvatting .....	15
INLEIDING .....	17
I.    Situatieschets – aanleiding voor het onderzoek .....	17
II.   Begripsbepaling “bijkomende bescherming” en afbakening van onderzoeksvoorwerp .....	19
III.  Centrale onderzoeksvraag en opbouw van het proefschrift.....	24
IV.   Het concept “bescherming” .....	31
A.    Voorafgaande beschouwingen bij het concept ‘asiel’ als referentiepunt .....	31
B.    De invulling van het concept ‘asiel’ door het internationaal recht, de rechtsleer en statenpraktijk .....	34
1.        Wie heeft nood aan asielbescherming? .....	34
2.        De inhoud van asielbescherming .....	39
3.        De toegang tot asielbescherming .....	45
4.        Besluit .....	47
C.    De invulling van het concept ‘asiel’ door de EU-wetgeving .....	48
1.        De primaire EU-wetgeving: een ‘asielrecht’ in het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie .....	48
2.        De secundaire EU-wetgeving: de elementen van EU-asielbescherming .....	52
a.        Het bepalen van personen met nood aan asielbescherming .....	52
b.        De invulling van de inhoud van asielbescherming.....	59
c.        De toegang tot bescherming door het instellen van een asielprocedure.....	63
3.        Caveat: mogelijke EU-beperkingen in de daadwerkelijke toegang tot bescherming .....	70
a.        Wie is verantwoordelijk?.....	70
i.        Versnelde procedures en concepten van ‘veilige landen’: algemene bemerkingen.....	70
ii.      Versnelde procedures en concepten van ‘veilige landen’ in het EU asielprocedure-acquis .....	72
iii.     De rechtspraak van het EHRM met betrekking tot readmissieverdragen en zgn. ‘transferovereenkomsten’, met name de Dublin-verordening .....	74

iv.	De rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie m.b.t. de Dublin-verordening .....	77
b.	Wanneer en waar moet de bescherming toegekend worden?.....	84
i.	Het non-refoulementbeginsel en territoriale werking.....	84
ii.	De problematiek van de toegang tot het EU grondgebied .....	85
iii.	Het non-refoulement beginsel en extraterritoriale werking.....	88
iv.	De extraterritoriale werking van het non-refoulement beginsel en gevolgen voor het recht om asiel te zoeken .....	93
	iv.1. Het interne EU asiel- en migratieacquis .....	94
	iv.2. De externe dimensie van het Europees Gemeenschappelijk Asielstelsel .....	98
4.	Besluit .....	102
D.	De elementen van bescherming.....	105
DEEL 1: HET INTERNATIONALE EN UNIERECHTELIJKE KADER INZAKE BIJKOMENDE BESCHERMING .....		107
Hoofdstuk 1. Internationale minimumstandaarden voor bijkomende bescherming.....		109
Afdeling 1. Externe bescherming: bescherming tegen omstandigheden in het land van herkomst of terugkeer op basis van impliciete non-refoulementbeginselen in het EVRM.....		111
§ 1. Artikel 3 EVRM als basis voor een inherent non-refoulement beginsel .....		112
A.	Algemene beginselen m.b.t. de inhoud van het non-refoulementbeginsel onder artikel 3 EVRM .....	114
a.)	Een reëel risico .....	114
b.)	Ongeoorloofde behandelingen .....	116
c.)	Absoluut karakter.....	117
d.)	Non-refoulement ongeacht de oorsprong van het reëel risico .....	118
e.)	Gebrek aan passende bescherming .....	119
B.	De algemene situatie in het land van herkomst en de individuele omstandigheden .	124
C.	Socio-economische en humanitaire omstandigheden in het land van terugkeer en het non-refoulementbeginsel .....	131
a.)	Voorafgaande opmerkingen.....	131
b.)	De beoordeling van socio-economische of humanitaire omstandigheden in de verdragsluitende Staten: de toepassing van artikel 3 EVRM door het Hof in interne zaken.....	132
c.)	De beoordeling van socio-economische of humanitaire omstandigheden in het land van herkomst of terugkeer: aanleiding voor een non-refoulementverplichting onder artikel 3 EVRM? .....	136

i) De eerste situatie: de schadelijke socio-economische behandeling of humanitaire omstandigheden worden veroorzaakt door objectieve factoren of omstandigheden .....	137
ii) De tweede situatie: de socio-economische behandeling of humanitaire omstandigheden zijn het gevolg van handelingen of nalatigheden door overheidsactoren of niet-overheidsactoren .....	151
§ 2. Andere bepalingen uit het EVRM die aanleiding kunnen geven tot non-refoulement .....	159
A. Non-refoulement en absolute rechten in het EVRM en de aanvullende Protocollen .....	160
a.) Artikel 2 EVRM, artikel 1 Protocol nr. 6 en artikel 1 Protocol nr. 13: de doodstraf.....	160
b.) Artikel 4 EVRM: verbod op slavernij en dwangarbeid .....	163
c.) Andere absolute rechten.....	164
B. Non-refoulement en relatieve rechten in het EVRM.....	165
a.) Artikel 6 EVRM: het recht op een eerlijk proces – flagrante rechtsweigering.....	165
b.) Andere relatieve rechten uit in het EVRM .....	166
§ 3. Gevolgen verbonden aan het non-refoulementbeginsel onder het EVRM: de inhoud van de verleende bescherming en de toegang tot bescherming.....	172
A. Verbod op verwijdering.....	172
B. Status, verblijf en daarbij horende rechten .....	173
C. De toegang tot bescherming .....	177
a.) Artikel 3 EVRM: een verplichting tot preventie en een nauwgezet onderzoek ..	177
b.) Artikel 3 EVRM en artikel 13 EVRM: recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel .....	182
i) Toegang tot een rechtsmiddel met automatisch schorsend effect .....	184
ii) De feitelijke beschikbaarheid van het rechtsmiddel.....	187
iii) De omvang van de onderzoeksverplichting onder artikelen 3 en 13 EVRM ..	191
iv) De aard en vorm van het rechtsmiddel voorzien bij een nationale bestuursoverheid .....	194
v) De aard en vorm van het rechtsmiddel bij een rechterlijke instantie .....	196
§ 4. Tussenbesluit .....	199
Afdeling 2. Interne bescherming: bescherming tegen omstandigheden in de ontvangende Staat op basis van het EVRM.....	213
§1. Artikel 3 EVRM .....	214
A. De wijze van verwijdering .....	214
B. De fysieke of mentale onmogelijkheid om te reizen.....	215
§ 2. Artikel 8 EVRM .....	217

A.	Het bestaan van een privé- of gezinsleven .....	218
B.	De stopzetting van het verblijfsrecht en/of de verwijdering van het grondgebied ('expulsion cases') : ongeoorloofde inmenging? .....	223
a.)	Inmenging omwille van de openbare veiligheid en nationale veiligheid .....	225
b.)	Inmenging omwille van andere redenen .....	234
C.	De weigering van de toelating tot verblijf op het grondgebied ('admission cases') : positieve verplichting? .....	236
D.	Het onderscheid tussen "verwijdering" en "weigering tot verblijf" op de helling : billijke belangafweging .....	252
§ 3.	Artikel 12 EVRM .....	254
§4.	Artikel 2 Protocol nr. 1 bij het EVRM .....	256
§ 5.	De gevolgen verbonden aan de interne bescherming onder artikelen 3, 8 en 12 EVRM: de inhoud van de verleende bescherming en de toegang tot de bescherming .....	258
A.	Het verbod op de verwijdering en/of toelating tot een (voortgezet) verblijf op het grondgebied .....	258
B.	Status, verblijf en daarbij horende rechten .....	258
C.	De toegang tot bescherming .....	264
§ 6.	Tussenbesluit .....	271
Afdeling 3.	Gemengde bescherming.....	277
§ 1.	De slachtoffers van mensenhandel .....	278
A.	Het VN-Protocol inzake de voorkoming, bestrijding en bestraffing van mensenhandel, in het bijzonder vrouwenhandel en kinderhandel.....	278
B.	Het Verdrag van de Raad van Europa inzake de bestrijding van mensenhandel .....	279
C.	Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens: artikel 4 EVRM.....	279
D.	Gevolgen verbonden aan de gemengde bescherming onder het VN-Protocol Mensenhandel, het Mensenhandelverdrag van de Raad van Europa en artikel 4 EVRM: de inhoud van de verleende bescherming en de toegang tot bescherming ..	281
a.)	Het verbod op verwijdering .....	281
b.)	Status, verblijf en daarbij horende rechten .....	282
c.)	De toegang tot bescherming .....	286
E.	Tussenbesluit .....	287
§ 2.	De slachtoffers van mensensmokkel .....	289
§ 3.	Niet-begeleide minderjarige vreemdelingen (NBM's).....	291
A.	Het VN-Kinderrechtenverdrag .....	291

B.	Gevolgen verbonden aan de gemengde bescherming onder het VN-Kinderrechtenverdrag: de inhoud van de verleende bescherming en de toegang tot bescherming.....	295
a.)	Het verbod op verwijdering .....	295
b.)	Status, verblijf en daarbij horende rechten .....	297
c.)	De toegang tot bescherming .....	298
Afdeling 4.	Tussenbesluit .....	301
§ 1.	De toenemende beschermingsreflex in het internationaal recht.....	301
§ 2.	Gevolgen van de toenemende beschermingsreflex: de internationale minimumstandaarden voor bijkomende bescherming.....	303
§ 3.	Beperkingen van deze internationale minimumstandaarden inzake de bijkomende bescherming voor vreemdelingen.....	307
§ 4.	De opname van de internationale minimumstandaarden in de EU- en nationale wetgeving .....	310
Hoofdstuk 2.	Unierechtelijke harmoniserende standaarden voor bijkomende bescherming .....	313
Afdeling 1.	Unierechtelijke standaarden inzake externe bescherming .....	323
§ 1.	De tijdelijke bescherming .....	324
A.	Werkingsfeer.....	325
B.	De inhoud van de verleende bescherming.....	327
C.	De toegang tot bescherming .....	331
§ 2.	Subsidiaire bescherming.....	333
A.	Werkingsfeer.....	334
a.)	De eerste twee situaties van ‘ernstige schade’ .....	335
b.)	De derde situatie van ‘ernstige schade’ .....	338
B.	De inhoud van de verleende bescherming.....	349
C.	De toegang tot subsidiaire bescherming.....	355
§ 3.	Non-refoulement.....	360
A.	De werkingsfeer .....	365
B.	De inhoud van de verleende bescherming.....	369
C.	De toegang tot bescherming tegen refoulement .....	373
Afdeling 2.	De Unierechtelijke standaarden inzake interne bescherming .....	377
§ 1.	De interne bescherming omwille van een gezins- en/of privéleven in de lidstaat .....	378
A.	De bescherming tegen verwijdering .....	379

B.	De mogelijkheid tot verblijf .....	381
a.)	Het eerste verblijf .....	382
b.)	Het voortgezet verblijf .....	390
C.	De toegang tot bescherming .....	392
§ 2.	Interne bescherming omwille van andere factoren .....	396
Afdeling 3.	Unierechtelijke standaarden inzake gemengde bescherming .....	399
§ 1.	De slachtoffers van mensenhandel en mensensmokkel .....	400
§ 2.	Niet-begeleide minderjarige vreemdelingen .....	405
§ 3.	De slachtoffers van zwartwerk, in het bijzonder arbeidsgelateerde uitbuiting of illegale tewerkstelling van een minderjarige .....	411
Afdeling 4.	Tussenbesluit .....	413
§ 1.	De toenemende beschermingsreflex in het Unierecht .....	413
§ 2.	EU-harmonisatie en het subsidiariteitsbeginsel .....	415
§ 3.	De EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten: het vooropgestelde harmonisatie- en beschermingsniveau wordt (nog) niet bereikt .....	418
§ 4.	Sommige bijkomende beschermingsnoden worden slechts gedeeltelijk of niet beantwoord op EU-niveau .....	420
§ 5.	De mogelijkheid in de EU-wetgeving om op gunstiger nationale bepalingen te handhaven of vast te stellen .....	432
§ 6.	De impliciete en expliciete mogelijkheid tot nationale bijkomende bescherming .....	436
§ 7.	Leemten in de EU-harmonisatie versus de nationale mogelijkheden voor lidstaten .....	438
DEEL 2:	NATIONALE ANTWOORDEN OP BIJKOMENDE BESCHERMINGSNODEN IN DE EU LIDSTATEN .....	441
Hoofdstuk 1.	De <i>status questionis</i> omtrent nationale bijkomende bescherming in de EU lidstaten .....	443
Afdeling 1.	Algemene vaststellingen m.b.t. het bestaan en het hanteren van nationale bijkomende beschermingsstatuten en -praktijken in de EU-lidstaten .....	443
Afdeling 2.	Korte illustratie van de nationale bijkomende beschermingsstatuten in België, Nederland en het Verenigd Koninkrijk .....	449
§ 1.	België .....	450
A.	De beschermingsgronden in het Belgische asielbeleid .....	453
B.	Bijkomende beschermingsgronden in het Belgische migratiebeleid .....	458
a.)	Bijkomende beschermingsgronden die aanleiding kunnen geven tot een verblijfsstatuut .....	458
i)	Het verblijfsstatuut omwille van humanitaire gronden .....	459



ii) Het verblijfsstatuut omwille van medische redenen.....	466
iii) Het verblijfsstatuut voor slachtoffers van mensenhandel en voor slachtoffers van zwaardere vormen van mensensmokkel .....	474
iv) Het verblijfsstatuut voor niet-begeleide minderjarige vreemdelingen .....	477
b.) Bijkomende beschermingsgronden die aanleiding kunnen geven tot de niet- beëindiging van een reeds toegekend verblijfsrecht .....	482
C. Bijkomende beschermingsgronden in het Belgische terugkeerbeleid.....	482
D. Bescherming voor (tijdelijk) niet-verwijderbare vreemdelingen in het Belgische opvang- en sociaal beleid .....	486
E. Een verdubbelde beroepsprocedure.....	488
§ 2. Nederland.....	491
A. Beschermingsgronden in het Nederlandse asielbeleid .....	493
a.) Algemeen .....	493
b.) Internationale en EU-beschermingsgronden in het Nederlandse asielbeleid.....	494
c.) Vroegere nationale beschermingsgronden in het Nederlandse asielbeleid.....	501
i) Klemmende redenen van humanitaire aard .....	502
ii) Categoriaal beschermingsbeleid.....	504
iii) Afschaffing van de Nederlandse nationale asielgronden .....	505
d.) Besluit- en vertrekmoratoria .....	512
B. Beschermingsgronden in het Nederlandse reguliere toelatingsbeleid.....	513
a.) Tijdelijke humanitaire gronden.....	517
i) Eergerelateerd en huiselijk geweld.....	518
ii) Slachtoffers en getuige-aangevers van mensenhandel .....	519
iii) Vreemdelingen die buiten hun schuld niet uit Nederland kunnen vertrekken ....	519
iv) Alleenstaande minderjarige vluchtelingen (hierna: amv's) die buiten hun schuld niet uit Nederland kunnen vertrekken .....	520
v) Verwesterde schoolgaande minderjarige vrouwen.....	522
b.) Medische behandeling .....	523
c.) Artikel 64 Vw 2000: medische uitzettingsbeletselen .....	525
d.) Niet-tijdelijke humanitaire gronden.....	526
i) Omwille van een voortgezet verblijf – bindend .....	526
ii) Omwille van een voortgezet verblijf of wedertoelating – facultatief.....	527
C. De discretionaire bevoegdheid en inherente afwijkingsbevoegdheid van de Minister .....	531
D. De beperkte ex nunc-toetsing en het automatisch schorsend beroep in asielzaken ..	532
§ 3. Het Verenigd Koninkrijk .....	533
A. De beschermingsgronden in het VK-asielbeleid .....	536

a.) Discretionary leave .....	538
i) Medische gronden .....	539
ii) Andere situaties waar terugkeer kan leiden tot een schending van het EVRM.....	539
iii) Slachtoffers van mensenhandel .....	540
iv) Andere situaties .....	541
v) Uitzonderlijke omstandigheden .....	541
b.) Limited leave to remain .....	542
i) Article 8 claims.....	542
ii) Niet-begeleide minderjarige asielzoekers.....	542
c.) Restricted leave.....	542
B. De beschermingsgronden in het VK-migratie- en terugkeerbeleid .....	543
a.) Discretionary leave .....	543
b.) Limited leave to remain .....	543
i) Staatlozen .....	544
ii) Article 8 claims .....	544
c.) Leave outside the rules .....	549
Afdeling 3. Tussenbesluit .....	550
Afdeling 4. Een billijke afweging van <i>human security</i> en <i>state security</i> en het belang van efficiënte procedures .....	552
Hoofdstuk 2. De Belgische casus .....	561
Afdeling 1. Het Belgische beleid t.a.v. humanitaire migratie: een problematische inefficiëntie en complexiteit .....	561
§ 1. De mogelijkheid tot opeenstapeling van asielprocedures, humanitaire verblijfsprocedures en beroepsprocedures.....	561
§ 2. De strikte scheiding tussen negatieve asielbeslissingen en humanitaire verblijfsbeslissingen, enerzijds, en verwijderingsbeslissingen, anderzijds .....	565
A. De negatieve asielbeslissing vs. verwijderingsbeslissing.....	565
a.) De gebonden bevoegdheid tijdens de lopende asielprocedure .....	566
b.) De gebonden bevoegdheid na het afronden van de asielprocedure.....	567
c.) De (niet-)samenhang van verwijderings- en negatieve asielbeslissingen.....	570
B. De negatieve humanitaire verblijfsbeslissing vs. verwijderingsbeslissing .....	572
a.) De gebonden bevoegdheid tijdens de lopende humanitaire verblijfsprocedure: hangende humanitaire verblijfsaanvragen vs. verwijderingsbeslissingen .....	572
b.) De (niet-)samenhang van verwijderings- en negatieve humanitaire verblijfsbeslissingen.....	578
§ 3. Tekortkomingen in de verdubbelde beroepsprocedures bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen .....	582

A.	De ongelijke omvang van een verdubbelde beroepsprocedure bij de Raad .....	583
B.	Versnelde procedures: ernstige impact op het beginsel van redelijke termijnen en automatisch schorsend beroep .....	587
C.	Verwijderingsbeslissingen en het (doen) naleven van hogere rechtsnormen binnen een annulatiebevoegdheid .....	593
D.	De procedures bij uiterst dringende noodzakelijkheid en de vereisten van een daadwerkelijk rechtsmiddel .....	596
E.	‘Protection gaps’ : het gebruik van non-refoulementclausules of humanitaire clausules .....	605
§ 4.	Tussenbesluit .....	610
Afdeling 2.	Wenselijke ontwikkelingen voor een efficiënt en vereenvoudigd Belgisch beleid t.a.v. humanitaire migratie .....	615
§ 1.	<i>Ad hoc</i> voorstellen en bemerkingen .....	617
§ 2.	Eén alomvattende humanitaire verblijfsprocedure als structurele oplossing .....	623
A.	Verhouding tussen één alomvattende humanitaire verblijfsprocedure en de Dublin III-verordening .....	626
B.	Structuur van de humanitaire verblijfsprocedure .....	628
C.	Verblijfsrechtelijke gevolgen bij het indienen van een aanvraag en bij afronding van de procedure .....	629
D.	Eerste fase: onderzoek naar de nood aan internationale bescherming .....	631
a.)	De nood aan internationale bescherming .....	631
b.)	De erkenning van de staatloosheid .....	634
E.	Tweede fase: Ambtshalve onderzoek naar bijkomende beschermingsnoden die aanleiding kunnen geven tot een verblijfsstatus .....	640
a.)	Niet-begeleide minderjarige vreemdelingen .....	640
b.)	Slachtoffers van mensenhandel of van zwaardere vormen van mensensmokkel .....	641
c.)	Medische gronden .....	641
d.)	Prangende humanitaire situaties .....	642
F.	Derde fase: het voorbereiden van de terugkeer en een ambtshalve onderzoek naar beletselen die de terugkeerverplichting kunnen verhinderen .....	646
G.	Beschermingsmogelijkheden naast een aanvraag om internationale bescherming .....	649
H.	Herhaalde aanvragen om internationale bescherming .....	650
I.	Beroepsprocedures .....	653
a.)	Beroep tegen een geheel of gedeeltelijk afwijzende meeromvattende beschikking in het kader van een eerste aanvraag om internationale bescherming .....	653

i) Redelijke termijnen voor het indienen van een beroep en het onderzoek ervan.....	654
ii) Het automatisch schorsend karakter van het beroep .....	656
iii) Een volledig en ex nunc onderzoek van alle feitelijke en juridische gronden .....	657
iv) Reikwijdte en intensiteit van de rechterlijke controle .....	658
v) Gevolgen van de rechterlijke toets .....	665
b.) Beroep tegen een niet-ontvankelijkheidsbeslissing in het kader van een herhaalde aanvraag om internationale bescherming .....	675
J. Gedwongen verwijdering .....	678
Afdeling 3. Besluit .....	681
EINDBESLUIT: NOOD AAN VERDERE EU-HARMONISATIE en/of VERSTERKING OP NATIONAAL NIVEAU? .....	687
BIBLIOGRAFIE.....	697
<b>Boeken en rapporten .....</b>	<b>697</b>
<b>Artikelen in tijdschriften en bijdragen in boeken .....</b>	<b>704</b>

## **Dankwoord**

Waarom begint iemand op een “meer gevorderde” leeftijd nog aan een proefschrift? Een langdurige passie voor het asiel- en migratierecht alsook een behoefte aan tijd en ruimte voor reflectie, verklaren in mijn geval waarom ik in 2008 die uitdaging ben aangegaan.

Het asiel- en migratierecht is een meerlagig rechtsdomein waar je als jurist thuis moet zijn in verschillende disciplines: het administratief recht, het nationale vreemdelingenrecht, de grond- en mensenrechten, Europese en internationale regelgeving en rechtspraak. Het is een rechtsdomein dat tracht de spanning tussen de individuele belangen van de vreemdelingen en het algemeen belang van de ontvangende samenleving, te kaderen in wettelijke voorwaarden en procedures die zo billijk mogelijk verlopen. Daardoor heeft dit rechtsdomein een enorme impact op de levens van vreemdelingen, wat heel letterlijk kan worden genomen, en op hun toekomst. Het heeft tevens een impact op de samenleving die vreemdelingen ontvangt en het maatschappelijk draagvlak ten aanzien van vreemdelingen. Al deze elementen maken dit rechtsdomein dan ook zo boeiend.

De aanstoker voor mijn interesse is prof. dr. em. Bossuyt, waarvan ik de grondige studie Volkenrecht volgde in de derde licentie van mijn opleiding rechten. Als voormalig Commissaris-generaal voor de Vluchtelingen en de Staatlozen en als koele minnaar van het EHRM prikkelde hij reeds in 1999 mijn nieuwsgierigheid voor dit rechtsdomein. Ik ben hem niet alleen dankbaar voor het warme contact, zijn adviezen en steun doorheen de jaren maar ook voor de vraagtekens en kanttekeningen die hij durft te plaatsen.

Het is mede door zijn toedoen dat ik mijn loopbaan voornamelijk in het asiel- en migratierecht heb uitgebouwd. Dit proefschrift is dan ook de vrucht van een jarenlange werkervaring in dit rechtsdomein dat ik vanuit verschillende invalshoeken en wisselende werkomgevingen heb leren kennen.

Mijn eerste professionele stappen in dit rechtsdomein zette ik op het studiebureau van de Dienst Vreemdelingenzaken waar ik onder de hoede kwam van twee van de meest beslagen juristen op dit rechtsdomein, Manjula Ekka en Nadine Reniers. Ik heb meermaals beroep mogen doen op de gedegen juridische kennis en het kritisch redeneervermogen van deze fijne collega's en hoop dit in de toekomst nog te mogen doen, nu we elkaar in de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen weer zijn tegen gekomen. Ik dank Freddy Roosemont, directeur-generaal van de Dienst Vreemdelingenzaken, oprecht voor alle kansen die mij op Dienst Vreemdelingenzaken werden geboden. Verder houd ik eraan om alle medewerkers van de Dienst Vreemdelingenzaken te bedanken die in de loop der jaren hun ervaringen en gedachten met mij deelden. Veel van deze gesprekken zijn me bij gebleven en hebben hun weerslag in dit proefschrift gevonden.

Mijn ervaringen in 2003 als medewerker van UNHCR in Soedan zijn voor mij persoonlijk zeer cruciaal geweest. De confrontatie met het leven in vluchtelingenkampen, waarvan er op deze wereld zoveel bestaan maar die zo weinig gekend zijn, heeft een onuitwisbare indruk nagelaten. De ontmoeting met vluchtelingen uit Eritrea en Ethiopië, weggestoken in afgelegen kampen midden in de woestijn, levend in barre omstandigheden, zonder voorzieningen, zonder enig hoopvol vooruitzicht en afhankelijk van de wekelijkse voedselhulp van het WFP, was voor mij, in al mijn jeugdige naïviteit, choquerend en revelerend. Ik was dan ook niet weinig verrast toen vanaf 2004 de eerste nieuwsberichten kwamen over de zogenaamde bootvluchtelingen op de Middellandse Zee. Zo herinner ik me hoe een jonge vluchteling mij

vertelde over zijn concrete plannen om vanuit Libië de oversteek naar de Europese Unie te wagen – ik weet niet of hij het heeft gered. Deze ontmoeting deed mij beseffen dat het bieden van bescherming van lijf en leden alleen niet genoeg is. Er moet ook een duurzame oplossing worden geboden waardoor vreemdelingen met nood aan bescherming zelfredzaam kunnen worden en hun toekomst weer zelf in handen kunnen nemen. Het besef dat wij als internationale gemeenschap op beide vlakken schromelijk te kort schieten, is één van de drijfveren achter het proefschrift.

Bij terugkomst uit Soedan, werd ik gedetacheerd naar de Belgische Permanente Vertegenwoordiging bij de Europese Unie. Het contrast kon niet groter, van de vluchtelingenkampen naar de onderhandelingstafel van de Europese Unie. Het was een boeiende tijd waar ik mocht meewerken aan de totstandkoming van de eerste fase van het EU asiel- en migratiebeleid. Ik heb tijdens de lange en moeilijke onderhandelingen mogen rekenen op de ondersteuning van heel wat fijne collega's, waaronder Isabelle Raes, Stijn De Decker, Christophe Jansen en Tine Van Valckenborgh. Het wederzijds vertrouwen dat ik mocht genieten van Isabelle Mazzara, heden voorzitter van de FOD Binnenlandse Zaken, en van Dirk Van Den Bulck, de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen, koester ik. Mijn Europese ervaringen maken dat ik de verwezenlijkingen van de Unie op vlak van asiel en migratie zeer naar waarde kan schatten, maar dat ik me tevens bewust ben van de beperkingen van een EU beleid. Deze genuanceerde houding is dan ook terug te vinden in het proefschrift.

Professoren dr. Dirk Vanheule en dr. Marie-Claire Foblets boden mij op het juiste moment de kans om het rechtsdomein van asiel en migratie weer vanop een afstand te kunnen bekijken. Ik dank beiden dan ook heel warm voor het gegeven vertrouwen en voor de vrijheid bij het oriënteren van mijn onderzoeksvoorwerp. In dit kader wil ik in het bijzonder de medewerkers van het Belgisch contactpunt bij het Europees Migratienetwerk vermelden. Het rapport over bijkomende beschermingsstatuten in België dat ik voor hen mocht maken, vormde een eerste aanzet tot dit proefschrift.

Marie-Claire Foblets verstaat de kunst om uitdrukkelijk aanwezig te zijn op die cruciale momenten waar vertwijfeling en onzekerheid toeslaan. Haar warme steun tijdens die momenten heeft ervoor gezorgd dat dit proefschrift ook daadwerkelijk werd afgewerkt. Ook Dirk Vanheule dank ik van harte om mij deelgenoot te maken van zijn ideeën en zijn inzichten en voor zijn opbouwende kritiek die steeds op het juiste moment kwam. Ik ben beiden dankbaar dat zij mij hebben toegelaten om aan een proefschrift te werken dat niet enkel theoretisch is georiënteerd, maar ook oog heeft voor de noden van de rechtspraktijk.

Ik heb genoten van de stimulerende werkomgeving aan de KU Leuven waar ik ontzettend veel heb gehad aan de warme vriendschap van collega's die ik in het voormalig Instituut voor Rechtsantropologie en Vreemdelingenrecht heb ontmoet, in het bijzonder Jogchum Vrielink, Zeynep Yanasmayan, Barbara Truffin, Thalia Kruger, Efrat Tzadik, Ellen Desmet, Katayoun Alidadi en Valérie Verbist. Bijzondere dank gaat naar mevrouw Karine Draeck die steeds alle praktische zorgen weet weg te nemen.

Dit onderzoek was niet mogelijk geweest zonder de ondersteuning van het FWO Vlaanderen. Ik ben het FWO bijzonder erkentelijk voor de middelen en de tijd die ik kreeg om te kunnen lezen, denken en schrijven.

Het moge duidelijk zijn dat dit proefschrift niet het werk is van mij alleen, maar dat heel wat personen daartoe hebben bijgedragen. Dit proefschrift kon dan ook niet zonder input vanuit de praktijk. Talrijke gedachtewisselingen met personen die werkzaam zijn op dit

rechtsdomein hetzij aan de overheid hetzij in IGO's of NGO's hetzij als gespecialiseerde advocaten in asiel- en migratierecht, hebben hun weg gevonden in dit proefschrift. Ik denk aan het bijzonder aan zij die werkzaam zijn bij UNHCR, ECRE, Amnesty Internationaal, Vluchtelingenwerk Vlaanderen, Kruispunt Migratie-Integratie en het Federaal Migratiecentrum. Zij zijn belangrijke en gewaardeerde partners in dit rechtsdomein. Mijn passie voor het rechtsdomein van asiel en migratie vindt dan ook deels grond in al die boeiende en geëngageerde mensen die op dit domein werkzaam zijn. Zij drukten elk hun stempel op dit proefschrift.

Ik wens al mijn voormalige en huidige collega's bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen te bedanken. Het is een intellectueel uitdagende werkplek waar hard wordt gewerkt om daadwerkelijke rechtsbescherming te bieden tegen overheidsoptreden inzake vreemdelingenbetwistingen. Hier ondervind ik, net als mijn collega's, dat tekortkomingen in wetgeving, bevoegdheden en procedures de daadwerkelijkheid van de rechtsbescherming in het gedrang kunnen brengen. Velen van mijn collega's hebben, tijdens het schrijven van het proefschrift, meermaals als klankbord gediend en de vele discussies met hen werden verwerkt in het boek. Deze discussies werkten inspirerend bij het formuleren van concrete voorstellen voor een meer structurele benadering van de problematiek inzake humanitaire migratie. Ik ben oprecht blij dat ik mijn ervaring als rechter in vreemdelingenzaken en mijn gedachtenuitwisselingen met mijn gewaardeerde collega's nog heb kunnen meennemen in het proefschrift.

De leden van de doctoraatsjury, professor dr. em. Bossuyt, prof. dr. P. Lemmens, prof. dr. G. De Baere en dr. S. Bouckaert, ben ik zeer erkentelijk voor de tijd die zij namen om het proefschrift te lezen en van nuttige commentaren te voorzien.<sup>1</sup>

Tot slot, mijn dierbaren.

Mijn vriendinnen ben ik zeer dankbaar voor hun niet aflatende steun, de zelfrelativerende humor en die maandelijkse etentjes die zo veel deugd kunnen doen.

Mijn ouders dank ik uit de grond van mijn hart voor alle gegeven onderwijskansen en hun onwankelbare geloof in mijn kunnen. Dat luisterende oor en de geboden hulp bij de opvang van mijn zonen, gaven mij die extra energie en stimulans. *Gracias mamá y papá, les quiero mucho.*

Dank ook aan mijn broers, familie, schoonfamilie en vrienden voor de vele aanmoedigingen.

Raf, dank voor jouw liefde en steun. Madeline Albright stelde ooit: *"I do think women can have it all, but not all at the same time. Our life comes in segments, and we have to understand that we can have it all if we're not trying to do it all at once."* Zij is wellicht nooit die man tegengekomen die jij bent. Doordat jij mij ruimte en houvast gaf, eindeloos begrip en geduld toonde en op gezette tijden de zorg voor de kinderen geheel op jouw nam, stelde jij mij de laatste jaren in staat *"to have it all at the same time"*. De combinatie van voltijdse jobs, mijn proefschrift en de zorg voor onze zonen woog zwaar, voor ons beiden. Ik ben er trots op dat jij als mijn baken in deze wereld er voor hebt gezorgd dat wij die jaren hebben overleefd en hier nu gelukkig staan.

Emilio en Roman, *mis cosas hermosas*. Grote verdienste heb ik er niet aan, maar jullie zijn mijn mooiste verwezenlijking. Vol trots en warmte zie ik jullie opgroeien. Vaak denk ik daarbij

---

<sup>1</sup> Aan hun suggestie om de reeds goedgekeurde titel te wijzigen om beter de lading van het proefschrift te dekken, wordt bij de handelseditie van het proefschrift gehoor gegeven: *"Nationale bijkomende beschermingsstatuten voor vreemdelingen in de EU-lidstaten: Nood aan verdere EU-harmonisatie en/of versterking op nationaal niveau? De Belgische casus"*

aan die moeders en hun verzwakte kinderen die ik in de Sudanese vluchtelingenkampen ontmoette. Zij overleven van dag tot dag en zijn alleen daarom al helden in mijn ogen. De nood aan een duurzame oplossing voor hun situatie is echter niet minder reëel en terecht. Het maakt mij steeds dankbaar ik jullie in dit deel van de wereld kan en mag opvoeden.

Het proefschrift is af en de vrijgekomen tijd besteed ik met veel plezier en liefde aan jullie. Ik hoop dat ik jullie bewust kan maken van alle kansen die jullie hier krijgen en ik wil jullie dan ook stimuleren om die ten volle en positief te benutten.

Tenslotte draag ik dit proefschrift op aan Frank Carpentier, gewaardeerd medewerker van het CGVS. Een mentor, een scherpzinnige jurist, een warme en integere mens. Je wordt gemist.

Deurne, november 2014.



## **Samenvatting**

Vreemdelingen die hun land gedwongen zijn ontvlucht omwille van een bedreiging van hun leven, vrijheid of menselijke waardigheid, kunnen in België bescherming genieten. Dit vertaalt zich meestal in de toekenning van een verblijfsrecht. De bescherming wordt deels geregeld door EU regels die onder meer vluchtelingen, slachtoffers van gewapende conflicten en slachtoffers van mensenhandel beschermen. Het wordt deels geregeld door bijkomende nationale beschermingsregels voor ernstig zieke vreemdelingen, niet-begeleide minderjarige vreemdelingen, slachtoffers van mensensmokkel, enz. Vreemdelingen die zich in een prangende humanitaire situatie op het grondgebied van een EU-lidstaat bevinden, kunnen eveneens worden beschermd, zoals staatlozen en niet-verwijderbare vreemdelingen.

In dit proefschrift onderzoek ik in welke mate bijkomende vormen van bescherming van vreemdelingen een verdergaande EU-harmonisatie vergen of best een nationale bevoegdheid blijven. Ik behandel deze centrale onderzoeksvraag aan de hand van de volgende (sub)vragen: (a) wat houdt ‘bescherming’ in?; (b) welke internationale minimumstandaarden inzake bijkomende bescherming legt het internationaal recht op?; (c) hoe worden bijkomende beschermingsnoden beantwoord in het Unierecht? en (d) hoe worden bijkomende beschermingsnoden op nationaal niveau beantwoord? Hieronder vat ik de belangrijkste bevindingen van het onderzoek samen:

Minimaal genomen waarborgt “bescherming” dat vreemdelingen met nood aan bescherming niet worden verwijderd van het grondgebied. Maar bescherming kan ook meer betekenen, het kan ook omvatten dat er naar een duurzame oplossing wordt gestreefd. De toekenning van een verblijfsrecht en socio-economische rechten maken zelfredzaamheid mogelijk. Dergelijke bescherming moet weliswaar via billijke procedures toegankelijk worden gemaakt.

Door een toenemende beschermingsreflex in het internationaal recht werden de afgelopen jaren meerdere situaties geïdentificeerd waarin vreemdelingen nood hebben aan bescherming. EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten hebben deze internationale minimumbescherming verdere concrete vorm en inhoud gegeven. Deze EU harmonisatie blijft echter onvolledig. EU lidstaten zijn zelf in nationale bijkomende beschermingsregels blijven voorzien, bijvoorbeeld omwille van internationale verplichtingen, vanuit humanitaire redenen of vanuit eigen beleidskeuzes inzake migratiebeheer.

Deze onvolledige harmonisatie van het EU beleid moet pragmatisch worden benaderd. Ik stel geen uitbreiding van het EU beleid voor. Een EU beleid biedt geen meerwaarde wanneer op lokaal niveau beter kan worden ingespeeld op bijkomende beschermingsnoden. De meerwaarde van een EU beleid (subsidiariteitsbeginsel) ligt in een verder consolideren en verdiepen van de huidige EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten. Lidstaten moeten de nodige beleidsruimte en flexibiliteit kunnen behouden, naast en ook binnen een EU kader (beginsel van burgers nabijheid). Ik argumenteer dan ook dat nationale bijkomende beschermingsstatuten best als complementair met de EU geharmoniseerde beschermingsstatuten blijven bestaan. Een ‘verdieping’ van de bestaande EU- harmonisatie en een ‘versterking’ van het nationale niveau sluiten elkaar niet uit.

Die ‘versterking’ is evenwel slechts mogelijk indien een nationale beleidskeuze voor bijkomende bescherming ook oog heeft voor het procedurele luik ervan. Ik doe in het laatste deel van het proefschrift een aantal voorstellen die, alvast in intern Belgisch recht, zo’n versterking kunnen helpen realiseren, onder meer een structurele oplossing in de vorm van één alomvattende humanitaire verblijfsprocedure. Door een integrale benadering van beschermingsnoden te koppelen aan vereenvoudigde en efficiënte procedures, kan een betere bescherming worden gewaarborgd; tevens voorkomt men aldus oneigenlijk gebruik en misbruik en vermijdt men opeenvolgende en lange procedures met ongewenste effecten. De

Belgische situatie illustreert immers hoe procedurele complexiteit en inefficiëntie in het kader van 'humanitaire migratie' oneigenlijk gebruik en opeenstapeling van procedures in de hand werken en de rechtsbescherming van vreemdelingen ondermijnen.

# INLEIDING

## I. Situatieschets – aanleiding voor het onderzoek

1. In aanloop naar de 30ste verjaardag van de Belgische Vreemdelingenwet in 2010 wezen verschillende auteurs op de grondige wijzigingen die deze Vreemdelingenwet heeft ondergaan.<sup>2</sup> Hoewel de Vreemdelingenwet uit 1980 steeds een politionele functie is blijven vervullen, met name het reglementeren van de verwijdering van ongewenste vreemdelingen, bijvoorbeeld in het licht van de openbare orde en nationale veiligheid, heeft de Vreemdelingenwet vooral het toelatings- en verblijfsbeleid ten volle ontwikkeld. In de voorbije 30 jaar valt daarom de vermenigvuldiging van het aantal verblijfsstatuten op.

2. De introductie van een aantal nieuwe verblijfsstatuten in de Europese Unie (hierna: EU) werd deels ingegeven door economische belangen, zoals de invoering van een EU-geharmoniseerd verblijfsstatuut voor onderzoekers of studenten uit derde landen<sup>3</sup>, EU-geharmoniseerde toegang- en verblijfsregels voor hooggeschoolde werknemers uit derde landen<sup>4</sup> of de verdere uitbreiding van het recht op vrij verkeer in de EU, zoals de invoering van een verblijfsstatuut voor langdurig ingezetenen uit derde landen.<sup>5</sup> Als corollarium van een bescheiden immigratiepolitiek werd ook werk gemaakt van het bevorderen van gezinshereniging en –vorming, wat alle regelmatig verblijvende en gevestigde vreemdelingen in België een normaal gezinsleven moet waarborgen.

3. Naast een politionele en economische functie en het reguleren van volgmigratie, oefent de Vreemdelingenwet, en in ruimere zin de vreemdelingenregelgeving in het geheel, ook een *humanitaire functie* uit, m.n. de bescherming van bepaalde categorieën van vreemdelingen in nood.<sup>6</sup> In de eerste plaats kenmerkt zich dit door de niet-verwijdering van het grondgebied van een vreemdeling in nood en in een aantal gevallen leidt dit tot het toekennen van een beschermingsstatus die gepaard gaat met het verblijfsrecht en daarbij horende socio-economische rechten.

4. Men kan dus stellen dat België drie grote migratiekanalen kent. Er is een kanaal dat wordt aangewend voor economische migratie, een kanaal dat wordt aangewend voor volgmigratie en

---

<sup>2</sup> Zie de verschillende bijdragen in M.-C. FOBLETS, D. VANHEULE en M. MAES (eds.), *Migratie- en migrantenrecht deel 14, Dertig jaar vreemdelingenrecht*, Brugge, die Keure, 2011, 680p.; M.-C. FOBLETS, "Vervlogen of bedrogen beleidsvisies? 30 jaar Belgische Vreemdelingenwet (1980-2010)", in W. BRUGGEMAN, E. DE WREE, J. GOETHALS, P. PONSARER, P. VAN CALSTER, T. VANDER BEKEN en G. VERMEULEN (eds.), *Van pionier tot onmisbaar: 30 jaar Panopticon*, Antwerpen, Maklu, 680-729.

<sup>3</sup> Dit past in het kader van de zgn. Lissabonstrategie om van de EU de meest competitieve en dynamische kenniseconomie van de wereld te maken. Richtl.Raad nr. 2005/71/EG, 12 oktober 2005 betreffende een specifieke procedure voor de toelating van onderdanen van derde landen met het oog op wetenschappelijk onderzoek, *Pb.L.* 3 november 2005, afl. 289, 15-22 alsook art. 61/10 – 61/13 Vreemdelingenwet. Richtl.Raad nr. 2004/114/EG, 13 december 2004 betreffende de voorwaarden voor de toelating van onderdanen van derde landen met het oog op studie, scholierenuitwisseling, onbezoldigde opleiding of vrijwilligerswerk, *Pb.L.* 23 december 2004, afl. 375, 12.

<sup>4</sup> Richtl.Raad nr. 2009/50/EG, 25 mei 2009 betreffende de voorwaarden voor toegang en verblijf van onderdanen van derde landen met het oog op een hooggekwalificeerde baan, *Pb.L.* 18 juni 2009, afl. 155, 17.

<sup>5</sup> Dit verblijfsstatuut is gebaseerd op het uitbreiden van het recht van vrij verkeer naar onderdanen van derde landen die reeds vijf jaar ononderbroken en legaal in één van de EU-lidstaten verblijven. Richtl.Raad nr. 2003/109/EG, 25 november 2003 betreffende de status van langdurig ingezetenen onderdanen van derde landen, *Pb.L.* 23 januari 2004, afl. 16, 44-53 alsook art. 61/6 - 61/9 Vreemdelingenwet.

<sup>6</sup> Zie in dezelfde zin D. VANHEULE, "Internationale bescherming in de Vreemdelingenwet: asiel en meer", in M.-C. FOBLETS, D. VANHEULE en M. MAES (eds.), *Migratie- en migrantenrecht deel 14, Dertig jaar vreemdelingenrecht*, Brugge, Die Keure, 2011, 429 e.v.

een kanaal dat ter beschikking staat van ‘humanitaire’ migratie. Deze ‘humanitaire migratie’ is niet zonder controverse; ze wordt soms ook omschreven als passieve migratie, m.a.w. een migratie die wordt ondergaan. Dit is te wijten aan het feit dat dit migratiekanaal de laatste jaren enorm aan belang gewonnen heeft. Een groot deel van de nieuwe verblijfsstatuten in België is gebaseerd op beschermingsmotieven. De klassieke beschermingsstatus, m.n. de vluchtelingenstatus, werd aangevuld met nieuwe beschermingsstatuten die tegemoet komen aan *bijkomende* beschermingsnoden.

Het zijn deze *bijkomende beschermingsstatuten* die het onderzoeksvoorwerp vormen van het proefschrift. Voorbeelden zijn de subsidiaire beschermingsstatus, de verblijfsvergunningen voor ernstig zieke vreemdelingen, niet-begeleide minderjarige vreemdelingen en slachtoffers van mensenhandel en mensensmokkel. Daarnaast maakt de vreemdelingenregelgeving ook een aantal beschermingspraktijken t.a.v. vreemdelingen mogelijk, zoals de schorsing van verwijderingsmaatregelen t.a.v. illegaal verblijvende zieke vreemdelingen of families met schoolgaande kinderen.

5. België is niet alleen in deze tendens. De EU-lidstaten worden geconfronteerd met nieuwe en uiteenlopende beschermingsnoden als oorlogsvluchtelingen, staatlozen of klimaatvluchtelingen. Het VN-Vluchtelingenverdrag en het toekennen van asiel, het traditionele beschermingsinstrument bij uitstek voor vreemdelingen in nood, bieden geen oplossing voor situaties of omstandigheden die niet onder de vluchtelingendefinitie vallen. De ontwikkeling van het internationaal recht, inclusief de mensenrechten en het internationaal humanitair recht, en de rechtspraak van verschillende internationale (mensenrechten)hoven, hebben ertoe geleid dat deze leemten minstens gedeeltelijk werden ingevuld. In een aantal situaties waarin een nood aan bijkomende bescherming bestaat, zullen deze internationale normen een minimum aan bescherming voorzien.

6. Nationale rechtbanken hebben verder op basis van grondwettelijke normen of door een eigen, meer progressieve of ruime interpretatie van internationale normen, het toepassingsgebied van de bijkomende bescherming verder ontwikkeld en uitgebreid. De gevolgen van een internationale minimumbescherming en de nationale rechtspraak werden door Staten gaandeweg geïntegreerd in hun interne verblijfswetgeving en -praktijken. Nieuwe beschermingsstandaarden werden ter aanvulling van de vluchtelingenstatus geïmplementeerd, o.a. door de verbetering van bestaande verblijfsprocedures en de introductie van nieuwe beschermingsstatuten.

7. Sommige van deze (nieuwe) nationale beschermingsstatuten werden geharmoniseerd op EU-niveau, zij het op een minimale wijze. De vluchtelingenstatus, de subsidiaire beschermingsstatus, de tijdelijke beschermingsstatus en het beschermingsmechanisme voor slachtoffers van mensenhandel vormen momenteel de vier EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten.

8. Daarnaast blijven lidstaten eigen nationale bijkomende beschermingsstatuten hanteren, dit zijn beschermingsstatuten die niet-EU-geharmoniseerd zijn. Zo hanteert België nationale bijkomende beschermingsstatuten en beschermingspraktijken die onder meer niet-begeleide minderjarige vreemdelingen, slachtoffers van mensensmokkel, ernstig zieke vreemdelingen, families met schoolgaande kinderen, enz. betreffen. Een snelle vergelijking met andere EU-lidstaten leert ons dat ook daar niet-EU-geharmoniseerde verblijfsstatuten en -praktijken met

een bijkomend beschermingsmotief (hierna: nationale bijkomende beschermingsstatuten en beschermingspraktijken) worden gehanteerd of de voorbije jaren ingang vonden.<sup>7</sup>

## II. Begripsbepaling “bijkomende bescherming” en afbakening van onderzoeksvoorwerp

9. Het begrip ‘bescherming’ is nauw verbonden met het begrip ‘verantwoordelijkheid’. Bescherming wordt toegekend aan een vreemdeling wanneer men zich daartoe gebonden/verplicht voelt. De verantwoordelijkheid die een Staat opneemt door bescherming toe te kennen aan vreemdelingen in nood, vloeit in principe voort uit de aanwezigheid van hogere normen, die juridisch van aard kunnen zijn, bijvoorbeeld internationale of constitutionele normen, of moreel van aard, bijvoorbeeld humanitair klemmende normen, of een mengeling van beide.

Daarnaast geldt dat de soevereine bevoegdheid van een Staat inzake de toegang, het verblijf en de verwijdering van vreemdelingen niet op arbitraire wijze mag worden uitgeoefend; het dient de essentiële belangen van een Staat te beschermen. Daaruit volgt dat de soevereine bevoegdheid van de Staat te goeder trouw (*‘just cause’*) moet worden uitgeoefend, meer bepaald in functie van motieven zoals de openbare orde, de nationale veiligheid, het economisch of sociaal welzijn van de samenleving of de volksgezondheid.<sup>8</sup>

10. In het proefschrift streef ik geen rechtstheoretische of een rechtsfilosofische analyse over de statelijke soevereiniteit en de juridische grondslagen van een statelijke verantwoordelijkheid tot bescherming na, hetgeen immers een andere onderzoeksvraag en – methode vereist. Ik beperk me tot een analyse van bestaande hogere *juridische* normen die aanleiding geven tot een verantwoordelijkheid tot bescherming en die zich ofwel op internationaal, Unierechtelijk of nationaal niveau manifesteren.

Wel besteed ik kort aandacht aan het gegeven dat zowel op internationaal, op Europees als op nationaal niveau een toenemende beschermingsreflex ten aanzien van vreemdelingen wordt waargenomen die in grote mate te wijten is aan een realiteit van beschermingsnoden, de verregaande invloed van mensenrechten (*“human rights of non-citizens”*), en een “humanisering” van vreemdelingen (*“humanising non-citizens”*). Deze tendens wordt ook wel een *“human security”* benadering genoemd en legt de focus op het individu en zijn algemene veiligheid en welzijn. *“Human security”* positioneert zich tegenover *“state security”* waar eerder het veilig stellen van het algemeen belang centraal staat.

11. Aldus lijken twee legitieme belangen tegenover elkaar te staan: het collectief belang van de migratie-controllerende Staat en het individueel belang van de beschermingszoekende vreemdeling. Het is dan ook hier dat voornoemde hogere normen een rol spelen; ze kunnen immers beperkend werken op de soevereine bevoegdheid van Staten vanuit juridische

---

<sup>7</sup> EUROPEAN MIGRATION NETWORK, *The Different National Practices Concerning Granting of Non-EU Harmonised Protection Statutes*, [http://www.sisekaitse.ee/public/ERV/synthesis\\_reports/0\\_EMN\\_Synthesis\\_Report\\_NonEUharmonised\\_FinalVersion\\_January2011.pdf](http://www.sisekaitse.ee/public/ERV/synthesis_reports/0_EMN_Synthesis_Report_NonEUharmonised_FinalVersion_January2011.pdf), december 2010, 110 p.

<sup>8</sup> I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 501-503; A. CASSESE, *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 498-499; R. JENNINGS en A. WATTS (eds.), *Oppenheim's International Law – volume 1 Peace*, Harlow, Longman, 1992, 941-945; R. PLENDER, *International Migration Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988, 459-462. L. OPPENHEIM, *International Law: A Treatise*, London, Green en Co, 1951, 632-633. Zo kan het inreisrecht of verblijfsrecht van EU-onderdanen die gebruik maken van hun recht van vrij verkeer of vestiging enkel beperkt worden omwille van redenen van openbare orde, nationale veiligheid of volksgezondheid: art. 27-29 Richtl.Parl. en Raad nr. 2004/38/EG, 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van de Richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG, Pb.L. 30 april 2004, afl. 158.

verplichtingen of vanuit humanitaire verplichtingen. Soevereiniteit is dan niet langer een privilege maar een verantwoordelijkheid.

12. Om het onderzoeksvoorwerp van het proefschrift verder te kaderen, is het nodig preciezer te verduidelijken wat wordt bedoeld met *bijkomende* bescherming voor vreemdelingen. In dit proefschrift vat ik bijkomende bescherming breed op. GOODWIN-GILL en McADAM definiëren bijkomende bescherming meer beperkt, m.n. die bescherming die door Staten wordt verleend op basis van een bredere toepassing van het non-refoulementbeginsel zoals ontwikkeld in het internationaal recht (bijvoorbeeld onder artikel 3 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens of artikel 3 van het VN-Antifolterverdrag) en dit als aanvulling op het meer beperkte non-refoulementbeginsel onder artikel 33 van het VN-Vluchtelingenverdrag.<sup>9</sup> Bijkomende bescherming wordt door deze auteurs opgevat als de internationale bescherming verleend door Staten om tegemoet te komen aan een beschermingsnood die zijn oorsprong vindt in het land van herkomst of terugkeer maar die valt buiten de draagwijdte van het VN-Vluchtelingenverdrag. Volgens deze auteurs is bijkomende bescherming dus beperkt tot de bescherming die een ontvangende Staat verleent als surrogaat voor een falende bescherming in het land van herkomst of terugkeer en dit op basis van het juridisch verbod om een vreemdeling te verwijderen naar het land van herkomst of terugkeer. Bescherming die wordt verleend op basis van andere beschermingsnooden, zoals de gezondheid van de vreemdeling, het gezinsleven van de vreemdeling of de praktische onverwijderbaarheid van een vreemdeling (bijvoorbeeld wegens gebrek aan reisdocumenten), is volgens deze auteurs niet gebaseerd op een internationale beschermingsverplichting. Deze bescherming wordt volgens hen eerder verleend op basis van humanitaire discretionaire gronden en valt dus niet onder wat zij verstaan onder bijkomende bescherming.

13. Bescherming is echter een dynamisch concept en de internationale beschermingsverplichtingen zijn dan ook onderhevig aan evolutie. Zoals reeds gezegd beperken België en andere EU-lidstaten het toekennen van bescherming immers niet tot die categorie van vreemdelingen die vallen onder het VN-Vluchtelingenverdrag en als vluchteling worden erkend, wat dé traditionele beschermingsstatus voor vreemdelingen bij uitstek is. Voorgaande studies bevestigen dat ook vanuit andere motieven of redenen een vreemdeling niet van het grondgebied verwijderd mag worden en beschermd dient te worden.<sup>10</sup> Deze motieven tot bescherming zijn zeer uiteenlopend omdat ze verband houden met de specifieke bijkomende beschermingsnooden van vreemdelingen die zeer divers van aard zijn. In die zin wil ik aantonen dat het internationaal recht ondertussen wel oog heeft voor beschermingsnooden die niet exclusief verband houden met de falende bescherming in het land van herkomst of terugkeer.

14. In grote lijnen bestaan er drie motieven waarom aan vreemdelingen bijkomende bescherming wordt verleend en een Staat niet kan overgaan tot verwijdering van de vreemdeling.<sup>11</sup> In eerste instantie kan de nood aan bescherming verbonden zijn met omstandigheden in het land van herkomst of terugkeer (*externe bescherming*). In tweede instantie kan de nood aan bescherming verbonden zijn met omstandigheden in de ontvangende Staat (*interne bescherming*). Tenslotte kan de nood aan bescherming verbonden

---

<sup>9</sup> Zie G. GOODWIN-GILL en J. McADAM, *The Refugee in International Law*, *supra* noot 18, 285-286, en J. McADAM, *Complementary Protection in International Refugee Law*, *supra* noot 19, 2007, 20-23.

<sup>10</sup> EUROPEAN MIGRATION NETWORK, *The Different National Practices Concerning Granting of Non-EU Harmonised Protection Statuses*, [http://www.sisekaitse.ee/public/ERV/synthesis\\_reports/0\\_EMN\\_Synthesis\\_Report\\_NonEUharmonised\\_FinalVersion\\_January2011.pdf](http://www.sisekaitse.ee/public/ERV/synthesis_reports/0_EMN_Synthesis_Report_NonEUharmonised_FinalVersion_January2011.pdf), december 2010, 110 p.

<sup>11</sup> Zie de analyse in M. MAES, M.-C. FOBLETS en D. VANHEULE, *EU and non-EU Harmonised Protection Statuses in Belgium*, Brussels, Belgian National Contact Point to the European Migration Network, December 2009 (summary update May 2011), 122p.

zijn met het kwetsbaar profiel van de vreemdeling én de omstandigheden zowel in het land van herkomst of terugkeer als in de ontvangende Staat (*gemengde bescherming*).

15. Concreet wordt bescherming in de eerste plaats verleend om een falende bescherming in het land van herkomst of terugkeer van de vreemdeling te remediëren. Deze vervangende bescherming houdt verband met welbepaalde omstandigheden in het land van herkomst of terugkeer. Een land van herkomst of terugkeer faalt in een van zijn kerntaken wanneer het leven of de vrijheid van een burger wordt aangetast, wanneer de fysieke en psychische integriteit van een burger wordt bedreigd of meer algemeen wanneer de essentiële mensenrechten van een burger worden geschonden. Voor het falen in de bescherming van eigen onderdanen is in wezen enkel het land van herkomst of terugkeer verantwoordelijk. De Staat op wiens grondgebied de vreemdeling zich bevindt (hierna: de ontvangende Staat) draagt echter wel de verantwoordelijkheid om de vreemdeling niet bloot te stellen aan bepaalde schadelijke omstandigheden in het land van herkomst of terugkeer. De nood aan *externe bescherming* wordt niet meer enkel onderzocht in het kader van het VN-Vluchtelingenverdrag, dat een causaal verband tussen de daad van vervolging en de grond van de vervolging vereist. Vervangende bescherming kan ook worden verleend los van de vervolgingsgronden in het VN-Vluchtelingenverdrag en vereist niet meer dat de vreemdeling specifiek aantoonde dat hij op individuele gronden gevaar loopt. Dit is een rechtstreeks gevolg van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM) en de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) dat aan het non-refoulementbeginsel een verdergaande invulling heeft gegeven.<sup>12</sup> Hierdoor zijn een aantal externe situaties geïdentificeerd waarin vreemdelingen niet mogen worden teruggestuurd naar hun land van herkomst of terugkeer. Deze situaties hebben twee gemeenschappelijke kenmerken: ten eerste is er een risico dat bij terugkeer de vreemdeling gevaar loopt, en ten tweede zijn de overheden van het land van herkomst of terugkeer niet in staat om bescherming te verlenen of willen ze dit niet. Zoals VANHEULE terecht opmerkt, houdt daarentegen het emigreren omwille van economische, professionele, familiale, sociale of onderwijsredenen, in principe juridisch gezien in hoofde van de ontvangende Staat geen verplichting in om een vreemdeling niet naar zijn land van herkomst of terugkeer terug te sturen.<sup>13</sup>

16. Een ontvangende Staat mag in bepaalde omstandigheden een vreemdeling voorts niet van het grondgebied verwijderen wanneer deze verwijdering leidt tot een schending van de mensenrechten die de vreemdeling op het grondgebied van die Staat zelf geniet. In dit proefschrift richt ik mij voornamelijk op de situaties van vreemdelingen die op het grondgebied van een ontvangende Staat verblijven maar die niet of niet meer voldoen aan de wettelijke binnenkomst- of verblijfsvoorwaarden van de geijkte migratiekanalen zoals gezinshereniging of economische migratie. Ze hebben geen nood aan plaatsvervangende bescherming, maar hun specifieke individuele situatie op het grondgebied van de ontvangende Staat kan (tijdelijk) hun verwijdering verhinderen. Deze *interne bescherming* is er dan ook op gericht om handelingen van de ontvangende Staat te voorkomen die schade kunnen berokkenen aan de vreemdeling. Vaak gaat het om humanitaire redenen of omstandigheden die binnen een mensenrechtelijk beschermingskader vallen, zoals situaties waarin een vreemdeling, tijdens een regelmatig of onregelmatig verblijf, toch een nauwe band met de ontvangende Staat (integratie, privéleven) heeft opgebouwd of een onderdaan van die ontvangende Staat (gezinsleven) heeft voortgebracht. Een verwijdering van het grondgebied kan in zo'n situaties leiden tot de aantasting van de rechten en vrijheden volgens het EVRM,

---

<sup>12</sup> K. WOUTERS, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, supra noot 18, 187 e.v.

<sup>13</sup> D. VANHEULE, "Internationale bescherming in de Vreemdelingenwet: asiel en meer", in M.-C. FOGLETS, D. VANHEULE en M. MAES, *Migratie- en migrantenrecht deel 14, Dertig jaar vreemdelingenrecht*, Brugge, die Keure, 2011, 438.

die de vreemdeling op het grondgebied van de ontvangende Staat zelf geniet. Met andere woorden, de situatie in het land van herkomst is hier secundair aan de vraag of de verwijdering zelf de rechten van de vreemdeling in de ontvangende Staat schendt.

17. Tenslotte wordt aan vreemdelingen ook bescherming toegekend op basis van gemengde motieven. De ontvangende Staat komt hierdoor, enerzijds, tegemoet aan een nood aan bescherming die in het land van herkomst of terugkeer bestaat (externe bescherming) en, anderzijds, biedt het eveneens een antwoord op een beschermingsnood die op het eigen grondgebied bestaat (interne bescherming).<sup>14</sup> Het kwetsbaar profiel van bepaalde vreemdelingen, zoals niet-begeleide minderjarige vreemdelingen of slachtoffers van mensenhandel, versterkt de nood aan deze *gemengde bescherming*. Internationale standaarden, zoals het EVRM, het VN-Protocol Mensenhandel, het Mensenhandelverdrag van de Raad van Europa en het VN-Kinderrechtenverdrag, geven aan dat ontvangende Staten aan deze kwetsbare vreemdelingen als dusdanig een bijzondere bescherming moet toekennen.

In alle drie de geschetste situaties wordt niet zozeer bescherming verleend tegen een verwijdering op zich, wel tegen een bepaalde schade die het gevolg zou kunnen zijn van een verwijdering.

18. De grenzen van dit onderzoeksonderwerp dienen duidelijk te worden afgebakend. Ik beperk me in dit proefschrift tot een onderzoek van *bijkomende bescherming in de Europese Unie van niet-EU-onderdanen specifiek*. De verklaring voor deze beperking ligt in het feit dat binnen de Unierechtelijke orde er een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen EU-onderdanen en niet-EU-onderdanen (of ‘derdelanders’, in het proefschrift ook aangeduid als ‘vreemdelingen’). In het Unierecht worden EU-onderdanen niet als ‘vreemdelingen’ beschouwd, maar wel als EU-burgers. Dit EU-burgerschap en het recht op vrij verkeer maakt dat op EU-onderdanen een heel eigen juridische orde van toepassing is, die buiten het onderzoeksvoorwerp van dit proefschrift valt.

19. Een Staat kan aan een vreemdeling bescherming toekennen. Voor het verkrijgen van deze bescherming hoeft de vreemdeling zich niet noodzakelijk reeds op het grondgebied van die Staat te bevinden. Het hanteren van hervestigingsprogramma’s<sup>15</sup> of de afgifte van humanitaire visa<sup>16</sup> zijn voorbeelden van (alternatieve) praktijken die bescherming op het grondgebied toekennen aan een vreemdeling, zelfs indien deze zich nog niet op het grondgebied van de Staat bevindt. Ik beperk me echter tot het onderzoeken van die bescherming die wordt toegekend aan een *vreemdeling die zich reeds op het grondgebied van een Staat bevindt*.

20. Het is evenwel duidelijk dat men bescherming ook in bredere zin kan begrijpen. Door samen te werken met en hulp te verlenen aan derde landen, meer bepaald landen van oorsprong en transit, kunnen Staten trachten de vreemdeling bescherming te bieden in zijn land of regio van oorsprong alsook de oorzaken van migratie aanpakken, bijvoorbeeld door democratisering en mensenrechten te ondersteunen. Dit idee van de preventieve bescherming in eigen land of regio vloeit voort uit de beperkingen van een inter/nationaal migratiebeleid, de belasting van migratie op ontvangende Staten en de noodzaak om bescherming te integreren in het bredere kader van ontwikkelingssamenwerking, tewerkstelling en buitenlands beleid. Kortom, het behelst een meer omvattende opvatting van bescherming.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> D. VANHEULE, “Internationale bescherming in de Vreemdelingenwet: asiel en meer”, *supra* noot 13, 448-449.

<sup>15</sup> Zie m.b.t. België, M. MAES, “De ‘herontdekking’ van hervestiging in België”, *T. Vreemd.* 2010, 122-134.

<sup>16</sup> Zie m.b.t. België, M. MAES, M.-C. FOLETS en D. VANHEULE, *EU and non-EU Harmonised Protection Statuses in Belgium*, *supra* noot 11, 41.

<sup>17</sup> Zie in deze zin E. HADDAD, “EU Migration Policy: Evolving Ideas of Responsibility and Protection”, *Global Responsibility to Protect* 2, 2010, 93. HADDAD baseert haar analyse op het rapport van de VN-Secretaris-Generaal van 12 januari 2009, Implementing the Responsibility to Protect, (UN Doc. A/63/677). Het concept “*responsibility to*



21. Ik ga in het proefschrift niet nader in op de oorzaken die vreemdelingen bescherming in Europa doen zoeken. Het aanpakken van de oorzaken van asiel- en migratiestromen maakt wel integraal deel uit van een coherent, duurzaam en omvattend migratiebeleid. Nationale verblijfsregelgeving is een onderdeel van zo'n migratiebeleid, maar vormt op zich geen afdoend antwoord op de oorzaken van migratie. Het is beperkt tot de taak van het zo goed mogelijk beheren en beheersen van migratiestromen, waarbij de humanitaire functie, nl. het beschermen van vreemdelingen in nood, het concrete onderwerp van dit onderzoek vormt.

---

*protekt*" (of R2P) vloeit voort uit een engagement dat wereldleiders namen tijdens de VN-top van 2005 en de verklaring die daarbij werd aangenomen. Zie UN World Summit Outcome, 15 september 2005, par. 138-140, (UN Doc. A/60/L.1).

Vertretpunt voor dit concept is de verantwoordelijkheid om te beschermen en het idee dat soevereiniteit staten niet langer meer beschermt tegen buitenlandse interventie. R2P is gebaseerd op drie pijlers. In eerste orde heeft iedere staat de primaire plicht zijn eigen bevolking te beschermen tegen genocide, oorlogsmisdaden, misdaden tegen de mensheid en etnische zuivering. In tweede orde heeft de internationale gemeenschap een verantwoordelijkheid om staten aan te moedigen en bij te staan in het volbrengen van deze verantwoordelijkheid. In derde orde heeft de internationale gemeenschap een verantwoordelijkheid om passende diplomatische, humanitaire en andere maatregelen te nemen om een bevolking tegen deze misdaden te beschermen. Als een Staat manifest faalt om zijn bevolking te beschermen tegen deze misdaden, moet de internationale gemeenschap bereid zijn om collectief actie te ondernemen om de bevolking te beschermen, in overeenstemming met het VN Handvest.

Soevereiniteit wordt in dit kader dus opgevat als verantwoordelijk zijn voor en niet als het recht van de staat. Pas wanneer de staat niet bij machte of niet bereid is zijn burgers te beschermen, gaat de plicht om te beschermen over op de internationale gemeenschap.

De tweede pijler vormt volgens HADDAD de basis voor de bescherming van vreemdelingen in het buitenland, en ze omvat het aanmoedigen van landen van oorsprong en het verlenen van hulp aan landen van oorsprong om hun eigen bevolking te beschermen wanneer deze landen van oorsprong daar zelf niet volledig toe in staat zijn.

### III. Centrale onderzoeksvraag en opbouw van het proefschrift

22. De vaststelling dat lidstaten gebruik maken van nationale bijkomende beschermingsstatuten, leidt tot de centrale onderzoeksvraag of er nood is aan verdere EU-harmonisatie van die nationale bijkomende beschermingsstatuten die in weerwil van de verdere ontwikkeling van het Gemeenschappelijk Europees Asielsysteem en een gemeenschappelijk EU-immigratiebeleid tot op vandaag parallel daaraan blijven bestaan. Vergt een efficiënt en hoogwaardig systeem van bijkomende bescherming van vreemdelingen een verdergaande EU-harmonisatie of eerder een versterking van het beleid op nationaal niveau? Dat laatste zou paradoxaal kunnen klinken in een tijdperk waarin het migratie- en asielbeleid toenemend geëuropeaniseerd wordt.

Ik behandel de centrale onderzoeksvraag aan de hand van de volgende (sub)vragen:

- Wat houdt 'bescherming' in?
- Welke internationale minimumstandaarden inzake bijkomende bescherming legt het internationaal recht op?
- Hoe worden bijkomende beschermingsnoden beantwoord vanuit het Unierecht?
- Hoe worden bijkomende beschermingsnoden op nationaal niveau beantwoord?

23. Als vertrekpunt wordt in het proefschrift het concept 'bescherming' nader geduid. Ik heb daarbij niet een welomlijnde definitie van bescherming voor ogen, maar geef veeleer de verschillende elementen aan waaruit bescherming *kan* bestaan.

Als referentiepunt neem ik de asielbescherming, omdat dit de oudste, meest ontwikkelde en meest omvattende vorm van bescherming voor vreemdelingen is, die gekend is in het internationaal recht en ondertussen stevig verankerd zit in de EU-wetgeving.<sup>18</sup> Een ontleding van asielbescherming zal aantonen dat, in essentie en als minimum, de bescherming van vreemdelingen in nood inhoudt dat ze niet van het grondgebied van de ontvangende Staat worden verwijderd. De inhoud van asielbescherming reikt echter verder en houdt ook het toekennen van een status in, een verblijfsrecht en socio-economische rechten alsook de (procedurele) toegang tot bescherming. Idealiter wordt een duurzame oplossing bekomen en zelfredzaamheid verworven. Door deze ontleding wordt duidelijk wat 'asielbescherming' in een maximale versie kan inhouden en hoe ver de verantwoordelijkheid van Staten tot bijkomende bescherming van vreemdelingen in nood kan reiken.

Het verwerven van een goed begrip van de omvang van asielbescherming laat toe om in het verdere onderzoek de omvang van bijkomende vormen van bescherming op internationaal, EU en nationaal niveau te beoordelen en onderling te vergelijken, zowel inhoudelijk als procedureel.

24. Een onderzoek naar nationale bijkomende beschermingsstatuten voor vreemdelingen houdt verder in dat verschillende rechtsdimensies aan bod moeten komen: de internationaalrechtelijke minimumstandaarden voor bijkomende bescherming, de Unierechtelijke dimensie die harmoniserende standaarden voor bijkomende bescherming vaststelt en nationaalrechtelijke standaarden voor bijkomende bescherming. Het proefschrift analyseert deze verschillende juridische dimensies en maakt daardoor de wederkerige impact

---

<sup>18</sup> K. WOUTERS, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 23; zie G. GOODWIN-GILL en J. McADAM, *The Refugee in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 355 e.v.; alsook art. 18 ('Recht op asiel') Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, *Pb.C.* 30 maart 2010, afl. 83, 395.

van externe elementen (de invloed van EU-regelgeving alsook de invloed van regionale en internationale mensenrechteninstrumenten) en interne elementen (de invloed van nationale wetgevende en beleidsontwikkelingen) op nationale asiel- en migratieregelgeving aanschouwelijk.

25. Bijgevolg focust Deel 1 van het proefschrift op het internationaal en Unierechtelijk kader inzake bijkomende bescherming. Het doel is om het theoretisch kader te schetsen van de relevante *de lege lata* op internationaal en Unierechtelijk niveau waarbinnen lidstaten moeten werken bij het beantwoorden van bijkomende beschermingsnoden. Op een uitgebreide, grondige en systematische wijze zullen de relevante internationale en Unierechtelijke standaarden voor bijkomende bescherming en de bijhorende rechtspraak op drie niveaus worden besproken. Er wordt met name nagegaan aan welke specifieke beschermingsnood deze internationale en Unierechtelijke standaarden tegemoet komen (intern, extern, gemengd), wat de inhoud is van de verleende bescherming en op welke wijze de bescherming (procedureel) toegankelijk is. Door deze analyse wordt een verdere basis gelegd waar Deel 2 van het proefschrift, dat zich toespitst op de nationaalrechtelijke toepassing van deze internationale en Unierechtelijke standaarden, op kan verder bouwen.

In Hoofdstuk 1 van Deel 1 komt derhalve de internationaalrechtelijke dimensie aan bod die minimumstandaarden voor bijkomende bescherming neerlegt. Dit internationale normatieve kader inzake bijkomende bescherming wordt geschetst aan de hand van vier internationale rechtsinstrumenten: het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en Fundamentele Vrijheden van 1950 (hierna: het EVRM), het VN-Verdrag inzake de rechten van het kind van 1989 (hierna: het VN-Kinderrechtenverdrag), het VN-Protocol inzake de voorkoming, bestrijding en bestraffing van mensenhandel, in het bijzonder vrouwenhandel en kinderhandel van 2000 (hierna: het VN-Protocol Mensenhandel) en het Verdrag van de Raad van Europa inzake bestrijding van mensenhandel van 2005 (hierna: het Mensenhandelverdrag). Dit zijn alle internationale rechtsinstrumenten die in het EU-kader en dus ook op Belgisch niveau, de meest concrete invloed hebben uitgeoefend op het uitwerken van een kader voor de bijkomende bescherming van vreemdelingen. Deze internationale minimumstandaarden bepalen voornamelijk tegen welke bijkomende beschermingsnoden vreemdelingen beschermd moeten worden. Ze geven ook gedeeltelijk aan op welke wijze bijkomende bescherming toegankelijk moet worden gemaakt. Verder verduidelijken ze weinig tot niets over de inhoud van de bijkomende bescherming, behalve dan de minimumverplichting om een vreemdeling niet van het grondgebied te verwijderen.<sup>19</sup>

Het zijn met name EU- en nationale ontwikkelingen die aan deze internationale minimumbescherming verdere concrete vorm en inhoud hebben gegeven. Immers, het toekennen van een status, van een verblijfsvergunning en van socio-economische rechten in het kader van bijkomende bescherming wordt vandaag, zowel nationaal als internationaal, nog steeds gezien als een bevoegdheid die behoort tot de soevereiniteit van de Staat en, door overheveling van bevoegdheden, in sommige gevallen ook van de Europese Unie.

Vervolgens bevat Hoofdstuk 2 van Deel 1 een analyse van de Unierechtelijke dimensie die harmoniserende standaarden voor bijkomende bescherming vaststelt. Deze analyse omvat verschillende EU-richtlijnen, in het bijzonder EU-richtlijnen inzake internationale

---

<sup>19</sup> G.S. GOODWIN-GILL en J. McADAM, *The Refugee in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 297; J. McADAM, *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 198-201; J.C. HATHAWAY, "Leveraging Asylum", *Tex.Int'L.J.* 2009, 504-505; J. PROBOY, "Treating Alike: the Principle of Non-Discrimination as a Tool to Mandate the Equal Treatment of Refugees and Beneficiaries of Complementary Protection", *Melb.U.L.Rev.* 2010, 181-228; A. BETTS, "Towards a 'Soft law' Framework for the Protection of Vulnerable Irregular Migration", *IJRL* 2010, 216-218.

bescherming en tijdelijke bescherming alsook de richtlijnen inzake de terugkeer van vreemdelingen, de bescherming van slachtoffers van mensenhandel en mensensmokkel of gezinshereniging, alsook andere EU wetgevende of beleidsinstrumenten die inzake de bijkomende bescherming voor vreemdelingen relevant zijn.

Uit deze bespreking zal blijken hoe de EU er in geslaagd is om EU geharmoniseerde beschermingsstatuten en –mechanismen te introduceren waardoor er een basis is gelegd voor een gemeenschappelijk algemeen niveau van bescherming voor vreemdelingen in de EU.

Anderzijds zal worden aangetoond dat deze EU geharmoniseerde beschermingsstatuten en –mechanismen in de praktijk het harmonisatiedoel niet volledig waarmaken. De nagestreefde EU harmonisatie op het domein van asiel en immigratie is onvolledig en bepaalde bijkomende beschermingsnoden worden slechts gedeeltelijk of beperkt beantwoord of blijven soms geheel onbeantwoord. Bovendien laat de relevante EU-wetgeving toe dat lidstaten gunstigere bepalingen handhaven of vaststellen.

Tenslotte blijkt uit een analyse van de relevante EU-wetgeving alsook uit rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ) dat er zowel impliciet als expliciet wordt aanvaard dat lidstaten aan vreemdelingen een andere nationale bescherming kunnen toekennen. Asiel en immigratie, als onderdeel van de Europese ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, zijn immers beleidsdomeinen waar de Unie en de lidstaten over een gedeelde bevoegdheid beschikken op basis van artikel 4, lid 2, VWEU. Zoals PEERS opmerkt, heeft de Unie niet de verplichting om een volledige harmonisatie inzake asiel en immigratie na te streven, aangezien het een gedeelde bevoegdheid betreft.<sup>20</sup> Een gedeelde bevoegdheid sluit echter niet uit dat er volledige harmonisatie wordt nagestreefd, maar op het domein van asiel en migratie is deze volledige harmonisatie voorsnog niet bewerkstelligd. Er blijft dus een beleidsruimte voor lidstaten om bijkomende beschermingsnoden, die geen voorwerp uitmaken van een EU benadering, op nationaal niveau te beantwoorden.

26. In Deel 2 wordt de nationaalrechtelijke dimensie inzake bijkomende bescherming geëvalueerd.

In Hoofdstuk 1 van Deel 2 wordt nagegaan hoe lidstaten, rekening houdend met de besproken internationaalrechtelijke en Unierechtelijke dimensies, binnen de hun beschikbare beleidsruimte, eigen antwoorden op en standaarden voor bijkomende beschermingsnoden vaststellen. De *status questionis* in de EU lidstaten inzake nationale bijkomende bescherming, dit is de nationale *de lege lata*, wordt hier vanuit twee invalshoeken beschreven. In eerste orde zal op basis van een vergelijkend syntheserapport van het Europees Migratienetwerk algemeen worden aangegeven welke concrete bijkomende beschermingsnoden er op nationaal niveau door de lidstaten worden beantwoord en wat de redengeving voor deze nationale praktijken is. Om meer inzicht te verwerven in het concrete gebruik van nationale bijkomende beschermingsstatuten wordt in tweede orde een korte maar concrete en actuele illustratie gegeven van de nationale bijkomende beschermingsstatuten in België, Nederland en het Verenigd Koninkrijk. De keuze voor deze laatste twee lidstaten is ingegeven door hun uitgebreide wetgeving m.b.t. nationale bijkomende beschermingsstatuten en de procedurele benadering ervan.

Dit onderdeel toont aan dat EU lidstaten onder invloed van internationale minimumstandaarden, door het besef dat er zich lacunes voordoen op EU niveau, op grond van humanitaire redenen of vanuit mededogen alsook vanuit eigen beleidskeuzes op het gebied van migratiebeheer, hun soevereine bevoegdheid aanwenden om te blijven voorzien in nationale bijkomende bescherming. Binnen de beleidsruimte waarover ze beschikken, komt het de lidstaten toe om te beslissen hoever ze willen gaan in het opnemen van meer

---

<sup>20</sup> S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 308.

verantwoordelijkheid tot bijkomende bescherming dan wat EU regelgeving vereist, en hoe zij die bijkomende bescherming willen invullen.

27. Het hanteren van EU geharmoniseerde beschermingsstatuten en –praktijken, enerzijds, en nationale bijkomende beschermingsstatuten, anderzijds, stelt lidstaten voor een uitdaging. De uitdaging ligt er in om het gerechtvaardigde nationaal algemeen belang (*'state security'*) op billijke wijze te verzoenen met de beschermingsnoden van vreemdelingen (*'human security'*) die zich op het grondgebied van een Staat bevinden. Enkel zo kan men zich van een maatschappelijk draagvlak verzekeren. Het hanteren van eerlijke, efficiënte en vereenvoudigde procedures is één van de sleutelementen om de verantwoordelijkheid die een lidstaat eventueel opneemt om bijkomende bescherming te verlenen beheersbaar te houden en bijgevolg maatschappelijk aanvaardbaar te maken en te behouden.

De relevante Unieregelgeving besteedt geen aandacht aan hoe bijkomende beschermingsnoden, die vallen buiten het Uniecontentieux, procedureel gezien moeten worden beantwoord. Dit betekent dat lidstaten vrij zijn om te kiezen op welke procedurele wijze zij de nood aan bijkomende bescherming zullen bepalen en rechtsbescherming zullen bieden.

28. In Hoofdstuk 2 van Deel 2 spitst het proefschrift zich toe op de Belgische casus. Naast kanalen voor volgmigratie en economische migratie, kent de Belgische regelgeving immers zeer veel verschillende kanalen voor humanitaire migratie. Waar in het eerste Hoofdstuk van het Deel 2, de verschillende en talrijke (bijkomende) beschermingsstatuten en –praktijken in België werden geschetst, concentreert het tweede Hoofdstuk van Deel 2 zich op de daarmee gepaard gaande procedures in eerste aanleg en in beroep.

De Belgische situatie illustreert hoe procedurele complexiteit en inefficiëntie in het kader van 'humanitaire migratie' oneigenlijk gebruik en opeenstapeling van procedures in de hand werken en de rechtsbescherming van vreemdelingen ondermijnen.

Deze complexiteit en inefficiëntie van het procedurele kader inzake 'humanitaire migratie' (d.i. asiel, subsidiaire bescherming en andere humanitaire verblijfsaanvragen) zijn het gevolg van: (i) de mogelijkheid tot opeenstapeling van asielprocedures, humanitaire verblijfsprocedures en beroepsprocedures; (ii) de strikte scheiding tussen negatieve asiel- en humanitaire verblijfsbeslissingen, enerzijds, en verwijderingsbeslissingen, anderzijds; en (iii) tekortkomingen in de verdubbelde beroepsprocedure.

Gewapend met inzichten die worden verworven door de studie *de lege lata* op internationaal, Europeesrechtelijke en nationaalrechtelijke niveau, en in het bijzonder door de vergelijking met Nederland en het Verenigd Koninkrijk, argumenteer ik dat er in de Belgische context nog verbeteringen mogelijk zijn op vlak van vereenvoudiging en efficiëntie, het tegengaan van oneigenlijk gebruik, misbruik en de daadwerkelijke rechtsbescherming van de vreemdeling.

29. De wenselijke ontwikkelingen *de lege ferenda* situeren zich op twee domeinen, met name materieelrechtelijk en procedureelrechtelijk.

Op materieelrechtelijk niveau, breek ik een lans om een aantal leemtes in het beantwoorden van bijkomende beschermingsnoden weg te werken. In het bijzonder stel ik voor om te voorzien in een betere duurzame bescherming van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen en erkende staatlozen alsook te voorzien in een passende bescherming voor vreemdelingen die zich in, al dan niet tijdelijke, prangende humanitaire situaties bevinden of die buiten hun wil om niet in staat zijn terug te keren naar hun land van herkomst.

Hoewel ik pleit voor een specifieke en betere bescherming van erkende staatlozen op Belgisch grondgebied, moet worden opgemerkt dat de algemene problematiek van staatloosheid niet aan bod komt in Deel 1 van het proefschrift. In het internationaalrechtelijk en Unierechtelijk kader inzake bijkomende bescherming van vreemdelingen, werd de specifieke situatie van staatlozen onbesproken gelaten. Deze keuze wordt verantwoord vanuit het gegeven dat de problematiek van staatloosheid niet kan worden teruggebracht tot een loutere problematiek van humanitaire migratie, maar in ruimere mate samenhangt met een grotere problematiek van variërend nationaliteitsbeleid- en wetgeving in Staten, het constitutioneel recht van deze Staten, het eventuele minderhedenbeleid en internationale verplichtingen inzake de toekenning van een nationaliteit en het verminderen van staatloosheid.<sup>21</sup>

Het grootste pijnpunt inzake humanitaire migratie situeert zich in de Belgische context echter op het niveau van de procedures. De meeste voorstellen *de lege ferenda* hebben dan ook betrekking op een ‘versterking’ van het procedureelrechtelijk niveau.

In eerste instantie formuleer ik een aantal concrete voorstellen en opmerkingen die snel toepasbaar zijn en op *ad hoc* wijze een aantal geïdentificeerde procedurele problemen kunnen verhelpen.

In een tweede instantie breng ik een meer structurele oplossing aan, meer bepaald een concreet voorstel *de lege ferenda* dat pleit voor één alomvattende humanitaire verblijfsprocedure. Deze procedure houdt in dat naast een onderzoek naar de nood aan internationale bescherming, verschillende bijkomende beschermingsnoden ambtshalve achtereenvolgens onderzocht en beoordeeld worden. De verschillende bestaande procedures worden zo gerationaliseerd tot één procedure. Deze alomvattende procedure leidt tot één beslissing. In deze beslissing wordt niet enkel uitspraak gedaan over de verschillende aangevoerde beschermingsnoden. Bij een negatieve beoordeling houdt de beslissing tevens een terugkeerbesluit in waarbij, na onderzoek van de mogelijkheid tot terugkeer, het land van terugkeer wordt geïdentificeerd.

Inspiratie voor deze meer structurele oplossing zocht ik in het holistische en vereenvoudigd beschermingsbeleid dat in Nederland en het Verenigd Koninkrijk wordt gevoerd t.a.v. vreemdelingen. Aan dit beschermingsmodel wordt de voorkeur gegeven omdat het duidelijke bakens uiteenzet waarbinnen bescherming wordt verleend.

Door een integrale en coherente benadering van beschermingsnoden te koppelen aan vereenvoudigde en efficiënte procedures, kan een betere bescherming worden gewaarborgd; tevens voorkomt men aldus oneigenlijk gebruik en misbruik en vermijdt men opeenvolgende en lange procedures met ongewenste effecten. Tenslotte speelt een alomvattende humanitaire verblijfsprocedure ook preventief in op terugkeerbeletselen waardoor een efficiënter terugkeerbeleid mogelijk wordt.

Ik benadruk dat efficiëntie en het verminderen van oneigenlijk gebruik en misbruik een deugdelijk en inhoudelijk onderzoek niet uitsluiten. Het onderscheid tussen negatieve asiel- en humanitaire verblijfsbeslissingen en verwijderingsbeslissingen wordt ongedaan gemaakt zodat mogelijke “*protection gaps*” minder kunnen voorvallen. Een alomvattende procedure verschaft daardoor ook meer rechtszekerheid en duidelijkheid aan de betrokken administraties en rechtscolleges alsook aan de vreemdeling. Het verbetert de daadwerkelijkheid van de toegang tot bescherming en waarborgt een nauwgezet en *ex nunc*

---

<sup>21</sup> Zie hierover meer in UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Handbook on Protection of Stateless Persons*, 30 juni 2014, <http://www.refworld.org/docid/53b676aa4.html>, 102p.

onderzoek van alle aangevoerde grieven. Door beschermingsnoden op een integrale en efficiënte wijze te benaderen, wordt een goede rechtsbedeling en een daadwerkelijke rechtsbescherming van vreemdelingen bevorderd. Efficiëntie is immers niet tegenstrijdig met de vereiste van eerlijke en deugdelijke procedures.

Bovendien is dit voorstel conform met wat de Europese Commissie voor ogen had in haar voorstel tot herziening van de Asielprocedurerichtlijn en waar ze vertrok vanuit de logica van één unieke beslissing, inclusief terugkeerbesluit, en één unieke beroepsmogelijkheid tegen de asiel- en verwijderingsbeslissing. De omzetting van de Procedurerichtlijn vormt dan ook een unieke kans om over te gaan tot een *tabula rasa* en het hele humanitaire beschermingssysteem en de procedure in België te herdenken. Om pragmatische redenen en vanuit een zekere realiteitszin koos ik er voor om dit voorstel voor een alomvattende humanitaire verblijfsprocedure in te bedden in de bestaande structuren.

30. Hoofdstuk 7 sluit af met een algemeen besluit dat vertrekt vanuit een positieve en pragmatische benadering van de ‘onvolledigheid’ van de EU harmonisatie.

Wat reeds werd bereikt op het vlak van EU asiel- en immigratieregelgeving moet worden gekoesterd en verdedigd, in het bijzonder de EU geharmoniseerde beschermingsstatuten en – mechanismen. Evenwel moet de meerwaarde van de EU op het domein van de bescherming van vreemdelingen nu elders worden gezocht (subsidiariteitsbeginsel). Ik pleit niet (langer) voor een verdere ‘horizontale’ harmonisatie, d.i. een uitbreiding van het gemeenschappelijk EU asiel- en immigratiebeleid naar andere bijkomende beschermingsnoden.

De meerwaarde van een EU beleid ligt nu in een verder consolideren en verdiepen van de huidige EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten en -mechanismen, dit is een ‘verticale’ harmonisatie. Solidariteit tussen lidstaten onderling alsook solidariteit tussen lidstaten en derde landen, kan worden gebruikt als een instrument om een diepgaandere harmonisatie te verkrijgen op verschillende domeinen die betrekking hebben op de interne en externe aspecten van de bescherming van vreemdelingen. Deze solidariteit kan zich onder meer uiten in niet-wetgevende alternatieven, bijvoorbeeld door een versterkte praktische samenwerking tussen lidstaten of tussen lidstaten en derde landen. Ook het Hof van Justitie kan door zijn rechtspraak een harmoniserende rol spelen.

Anderzijds heeft een EU beleid geen meerwaarde wanneer op lokaal niveau beter kan worden ingespeeld op bijkomende beschermingsnoden. Er kunnen op lokaal niveau specifieke bijkomende beschermingsnoden rijzen die zich in andere lidstaten niet voordoen. Lidstaten moeten de nodige beleidsruimte en flexibiliteit kunnen behouden, naast en ook binnen een EU kader (beginsel van burgers nabijheid).

In die zin pleit ik er voor om nationale bijkomende beschermingsstatuten best als complementair met de EU geharmoniseerde beschermingsstatuten en –mechanismen te laten bestaan. Een ‘verdieping’ van de bestaande EU- harmonisatie en een ‘versterking’ van het nationale niveau sluiten elkaar niet uit.

Die ‘versterking’ is evenwel slechts mogelijk indien een nationale beleidskeuze voor bijkomende bescherming ook oog heeft voor het procedurele luik ervan, wat werd geïllustreerd aan de hand van de Belgische casus. Een procedurele ‘versterking’ kan er voor zorgen dat het draagvlak in de samenleving om op nationaal niveau bijkomende bescherming te verlenen niet onder druk wordt gezet.

In het kader van een gedeelde bevoegdheid, kunnen een EU beleid en een nationaal beleid betreffende bijkomende beschermingsnoden bijgevolg elkaar nuttig aanvullen door te werken op het meest geschikte interventieniveau. Op die wijze leiden beide beleidsniveaus tot een wederzijdse versteviging en bevordering van het algemeen niveau van bescherming voor vreemdelingen in de Europese Unie.

Tenslotte moet worden opgemerkt dat de relevante rechtspraak, rechtsleer en wetgeving werd bijgehouden tot 20 november 2014.



## IV. Het concept “bescherming”

31. Of de nood aan bescherming nu verbonden is aan externe omstandigheden, interne omstandigheden, dan wel aan een mengeling ervan, kan er breed genomen, om GOODWIN-GILL te parafraseren, worden gesteld dat de bescherming van een vreemdeling in nood zowel een praktijk als een doel inhoudt: het komt in essentie neer op het ‘veilig’ stellen van de vreemdeling én op het voorzien van een oplossing voor zijn situatie.<sup>22</sup>

UNHCR omschrijft bescherming als:

*“A concept that encompasses all activities aimed at obtaining full respect for the rights of the individual in accordance with the letter and spirit of human rights, refugee and international humanitarian law. Protection involves creating an environment conducive to respect for human beings, preventing and/or alleviating the immediate effects of a specific pattern of abuse, and restoring dignified conditions of life through reparation, restitution and rehabilitation.”*<sup>23</sup>

Deze brede omschrijving noopt tot een meer concrete analyse van de verschillende elementen waaruit bescherming kan bestaan. In wezen zijn het de antwoorden op de volgende vragen: wie heeft nood aan bescherming, wat doet deze bescherming, wat houdt deze bescherming in en hoe kan bescherming worden toegepast?<sup>24</sup>

‘Asiel’ is de term die wordt gebruikt om het specifieke beschermingsmechanisme voor vluchtelingen te benoemen. Dit is de oudste gekende, meest ontwikkelde en meest omvattende vorm van bescherming voor vreemdelingen. Vormen van bescherming die zich later ontwikkelden met het oog op de tegemoetkoming aan andere beschermingsnoden, worden in verhouding tot asielbescherming dan ook als ‘bijkomend’ bestempeld. Door asielbescherming als referentiepunt te nemen en de elementen te ontleden waaruit asielbescherming bestaat, wordt een idee gevormd over wat het concept ‘bescherming’ in een maximale versie kan inhouden en hoe ver de verantwoordelijkheid van Staten tot bescherming van vreemdelingen in nood kan reiken. Een goed begrip van de omvang van asielbescherming laat toe om in een latere fase de omvang van bijkomende vormen van bescherming te kunnen beoordelen.

### A. Voorafgaande beschouwingen bij het concept ‘asiel’ als referentiepunt

32. Het alom bekende concept ‘asiel’ is niet gedefinieerd in internationaal recht. Historisch duidde dit concept op een plaats, meer bepaald een toevluchtsoord; later duidde het meer op een handeling, nl. het verlenen van bescherming aan vreemdelingen door Staten. De eerste theoretische grondleggers van het modern internationaal recht zagen de mogelijkheid om asiel te zoeken in een ander land als een belangrijke waarborg voor vrijheid. Hun benadering was echter verschillend. Volgens Einarsen illustreren de doctrines van Grotius en Pufendorf

---

<sup>22</sup> Zie mutatis mutandis G. GOODWIN-GILL, “The Principles of International Refugee Law”, in COUNCIL OF EUROPE PARLIAMENTARY ASSEMBLY, *Asylum*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 1995, 13: “The principle of asylum expresses both practice and objective: security on the territory of a state for those in flight from particular kinds of risk or danger in their country of origin; and a durable solution to their plight.” Zie G. GOODWIN-GILL en J. McADAM, *The Refugee in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 356: “Today it connotes protection against harm, specifically violations of fundamental human rights, and is implicitly linked to the goal of solution.” Zie C. PHUONG, “The Concept of ‘Effective Protection’ in the Context of Irregular Secondary Movements and Protection in Regions of Origins”, *Global Migration Perspectives*, nr. 26, April 2005, 4.

<sup>23</sup> UNHCR, Master Glossary of Terms (rev. 1), juni 2006, <http://www.unhcr.org/refworld>.

<sup>24</sup> G. GOODWIN-GILL, ‘The Principles of International Refugee Law’, in COUNCIL OF EUROPE PARLIAMENTARY ASSEMBLY, *Asylum*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 1995, 18.

de kloof tussen een mensenrechtenbenadering en een humanitaire benadering van asiel.<sup>25</sup> Voor Grotius hadden slachtoffers van onverdiende vervolging onder bepaalde voorwaarden recht op asiel, terwijl Pufendorf het verlenen van asiel eerder zag als een humanitaire handeling van de Staat.

33. Dit verschil in theoretische benadering is in de verdere ontwikkeling van het internationaal recht tijdens de 20ste eeuw eerder in het voordeel van Pufendorf uitgevallen. Vroege commentatoren op het internationaal gewoonterecht spraken weliswaar over een ‘zogenaamd recht van asiel’ (so-called right of asylum) maar wijzen erop dat dit niet meer is dan “*the competence of every State (...), inferred from its territorial supremacy, to allow a prosecuted alien to enter, and to remain on, its territory under its protection, and thereby to grant an asylum to him*”.<sup>26</sup> Het verlenen van asiel door een soevereine Staat mocht bijgevolg niet worden gezien als een vijandige daad t.a.v. andere Staten. Meer nog, het verlenen van asiel moest door andere Staten worden gerespecteerd. Het recht van asiel was en is dus een recht in hoofde van Staten.

34. Daarentegen is op internationaal rechtsniveau geen subjectief individueel recht op asiel (right to asylum) terug te vinden.<sup>27</sup> Het is op internationaal niveau niet mogelijk gebleken om een akkoord te bereiken over een recht op asiel.<sup>28</sup> Artikel 14 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens van 1948 spreekt enkel over een *recht om asiel te zoeken en te genieten*, en dit is het resultaat van een compromis. Een verplichting om asiel te verlenen ging voor de meerderheid van Staten te ver.<sup>29</sup> Ze bleven vasthouden aan de klassieke opvatting, die ook in de rechtspraak en rechtsleer werd verdedigd en die het verlenen van asiel als niet meer dan een loutere discretionaire uitoefening van de staatssoevereiniteit zag, gebaseerd op een humanitaire praktijk.<sup>30</sup> Deze vrijblijvendheid zou tot gevolg hebben dat een Staat niet alleen soeverein kan beslissen of het dit zgn. recht van asiel wil uitoefenen maar ook aan wie het dit recht zal toekennen alsook dat deze Staat zelf kan bepalen welke vorm en inhoud aan dit asiel zal worden gegeven.

---

<sup>25</sup> T. EINARSEN, “Drafting History of the 1951 Convention and the 1967 Protocol”, in A. ZIMMERMAN (ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 41–42.

<sup>26</sup> L. OPPENHEIM, *International Law: A Treatise*, London, Green en Co, 1951, 618.

<sup>27</sup> Een regionale uitzondering hierop is het ‘asielrecht’ zoals voorzien in artikel 18 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, Pb.C. 18 december 2000, afl. 364, 12: “*Het recht op asiel is gegarandeerd met inachtneming van de voorschriften van het Verdrag van Genève van 28 juli 1951 en het Protocol van 31 januari 1967 betreffende de status van vluchtelingen, en overeenkomstig het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap*.” Voor een bespreking van dit asielrecht en de betekenis ervan, zie de tussentijdse conclusie hieronder. Varianten zijn terug te vinden in andere regionale instrumenten. In het Interamerikaanse Mensenrechtenverdrag (San José, 22 november 1969) stelt artikel 22 (7): “*Every person has the right to seek and be granted asylum in a foreign territory, in accordance with the legislation of the state and international conventions, in the event he is being pursued for political offenses or related common crimes*.” Het Afrikaans Charter voor de Rechten van de Mens en van de Volken (Banjul, 27 juni 1981) voorziet in artikel 12 (3): “*Every individual shall have the right, when persecuted, to seek and obtain asylum in other countries in accordance with laws of those countries and international conventions*.” Deze twee laatste regionale instrumenten vallen buiten het oogmerk van dit proefschrift en worden verder niet besproken.

<sup>28</sup> Pogingen om een bindend verdrag omtrent het recht op asiel te sluiten, faalden. Een Verklaring inzake territoriaal asiel werd wel aangenomen door de Algemene Vergadering van de VN in 1967, maar deze Verklaring bevestigt de soevereine bevoegdheid van staten in het verlenen van asiel alsook in het evalueren van de aangebrachte asielgronden. Zie art. 1, UN General Assembly, Declaration on Territorial Asylum, 14 december 1967, *UN Doc. A/RES/2312(XXII)*, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3b00f05a2c.html>.

<sup>29</sup> Zie hierover meer in G. GOODWIN-GILL en J. McADAM, *The Refugee in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 358–365.

<sup>30</sup> J.-Y. CARLIER, *Droits des réfugiés*, Brussel, Story-Scientia, 1989, 29; G. GOODWIN-GILL en J. McADAM, *The Refugee in International Law*, supra noot 29, 358; D.W. GREIG, *International Law*, London, Butterworths, 1976, 441; R. JENNINGS en A. WATTS (eds.), *Oppenheim's International Law – volume 1 Peace*, Harlow, Longman, 1992, 901. Zie ook de zgn. *Asylum Case (Colombia v. Peru)*, IGH 20 november 1950, Rep. (1950), 266, 274: “*The refugee is outside the territory of the State where the offence was committed, and a decision to grant him asylum in no way derogates from the sovereignty of that State*.”

35. Het lijkt daarom merkwaardig om dit ongedefinieerde concept 'asiel', waarvan de toepassing op soevereine basis plaatsvindt, te gebruiken als een referentiepunt voor een beter begrip van de omvang van het concept 'bescherming'. Geen enkele rechtsstaat is echter onbeperkt discretionair in het uitoefenen van zijn soevereiniteit. Onbeperkte discretie kan immers leiden tot willekeurigheid, wat haaks staat op het beginsel van de rechtsstaat.<sup>31</sup> Binnen het kader van een rechtsstaat wordt de discretionaire bevoegdheid van een Staat beperkt door nationale, regionale of internationale wet- en regelgeving.<sup>32</sup>

36. Omdat het concept 'asiel' in de loop der jaren een hele ontwikkeling heeft ondergaan, kan men heden niet meer stellen dat dit concept volledig aan de soevereine discretie van de Staat overgeleverd is. Vanuit het internationaal recht, de rechtspraak, de rechtsleer, 'soft law'-instrumenten en de statenpraktijk (voornamelijk van Staten met geïndividualiseerde asielsystemen) werden er voldoende overtuigende elementen aangereikt die het concept 'asiel' nader hebben ingevuld en eveneens grenzen hebben gesteld aan de soevereine en discretionaire bevoegdheden van Staten m.b.t. asiel. Zo definieert de UNHCR het concept 'asiel' tegenwoordig als:

*"The grant, by a State, of protection on its territory to persons from another State who are fleeing persecution or serious danger. Asylum encompasses a variety of elements, including non-refoulement, permission to remain on the territory of the asylum country, and humane standards of treatment."*<sup>33</sup>

Deze ontwikkeling van het concept 'asiel' heeft ertoe geleid dat in bepaalde rechtsleer en *soft law*-instrumenten inmiddels wordt gesproken over '*the institution of asylum*', wat een soort van ingeburgerdheid en onaantastbaarheid impliceert.<sup>34</sup> Tenslotte hebben 'asiel' en het 'asielrecht' in de specifieke context van de Europese Unie (met als drijvende krachten de Raad van Europa<sup>35</sup>, het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en de Europese Unie) heden een duidelijke rechtsbasis, inhoud en vorm gekregen waardoor de grenzen van de soevereine bevoegdheid van Staten in deze materie werden verduidelijkt.

In de volgende onderdelen worden de verschillende elementen van asielbescherming en hun evolutie beschreven.<sup>36</sup>

---

<sup>31</sup> Zie in deze zin G. GOODWIN-GILL, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, 4.

<sup>32</sup> In het internationaal recht impliceert soevereiniteit de mogelijkheid om die soevereiniteit te beperken. In de zaak *S.S. Wimbledon* bevestigde het Permanente Hof van Internationale Justitie dat elke Staat de macht heeft om de uitoefening van zijn soevereiniteit te beperken. Het afsluiten van een verdrag waarbij een Staat zich er toe verbindt om een handeling te stellen of van een handeling af te zien, mag volgens het Hof niet worden aanzien als het afstand doen of het verlaten van deze Staatsoevereiniteit. Beperking op de uitoefening van soevereine rechten moeten eerder worden beschouwd als een uiting van die Staatsoevereiniteit. Immers het recht om, bijvoorbeeld, internationale verplichtingen aan te gaan, is een attribuut van Staatsoevereiniteit. ("*The Court declines to see in the conclusion of any Treaty by which a State undertakes to perform or refrain from performing a particular act an abandonment of its sovereignty. No doubt any convention creating an obligation of this kind places a restriction upon the exercise of the sovereign rights of the State, in the sense that it requires them to be exercised in a certain way. But the right of entering into international engagements is an attribute of State sovereignty.*") Daarbij hoort wel de plicht om die soevereiniteit uit te oefenen op een manier die geen schade toebrengt aan andere subjecten van internationaal recht. PHIJ, *The S.S. "Wimbledon"* (Verenigd Koninkrijk, Frankrijk, Italië, Japan v. Duitsland), arrest van 17 augustus 1923, *P.C.I.J.Rep., Series A*, nr. 1.

<sup>33</sup> UNHCR, *Master Glossary of Terms* (rev. 1), juni 2006, <http://www.unhcr.org/refworld>.

<sup>34</sup> Zie ExCom Conclusion nr. 82, "Safeguarding Asylum", 1997, par. (b): "*reaffirms that the institution of asylum ... derives directly from the right to seek and enjoy asylum set out in Article 14 (1) ...*"

<sup>35</sup> Vooral de *soft law*-instrumenten die door het Comité van Ministers en de Parlementaire Vergadering werden aangenomen m.b.t. vluchtelingen, bijvoorbeeld inzake asielprocedures, hebben een invloedrijke rol gespeeld. Deze invloed verdween echter stilaan naarmate de EU-harmonisatie inzake asiel toenam. A. KLUG, "Regional Developments: Europe", in A. ZIMMERMAN (ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 122.

<sup>36</sup> Ik beperk me hierbij tot het concept 'territoriaal asiel' en behandel de praktijk van 'diplomatiek asiel' niet, dat veeleer is gestoeld op regionale verdragen of gebruiken. Zie hierover meer in G. GOODWIN-GILL en J. McADAM, *The Refugee in International Law*, *supra* noot 29, 356-367.

## B. De invulling van het concept 'asiel' door het internationaal recht, de rechtsleer en statenpraktijk

### 1. Wie heeft nood aan asielbescherming?

37. Oorspronkelijk werd de inhoud van het concept 'asiel' zeer beknopt ingevuld. Het Institut de Droit International stelde in 1950 dat asiel "*désigne la protection qu'un Etat accorde sur son territoire ou dans un autre endroit relevant de certains de ses organes à un individu qui est venu la rechercher*".<sup>37</sup> Asiel was in die visie niet meer dan de feitelijke bescherming die een Staat op zijn grondgebied aan een vreemdeling verleent tegen de uitoefening van rechtsmacht door een andere Staat. Een juist begrip van waarom er asielbescherming werd verleend aan vreemdelingen, kunnen we enkel bereiken door het concept 'asiel' nader te bekijken in zijn "*historische en nauwe relatie met het non-refoulementbeginsel en de verlening van de vluchtelingenstatus*".<sup>38</sup>

38. Het beginsel van non-refoulement kent zijn oorsprong in het begin van de 19de eeuw toen uitleveringsverdragen werden gesloten tussen Staten. Een Staat kon evenwel beslissen niet over te gaan tot uitlevering wanneer het ging om zgn. politieke overtreders. Men wilde deze vreemdelingen beschermen tegen politieke vervolging in hun land van oorsprong.<sup>39</sup> Deze bescherming uitte zich concreet in het *niet terugsturen* (non-refoulement) van deze vreemdelingen naar hun land van herkomst of terugkeer, zodat ze buiten het bereik bleven van de vervolgende Staat. Deze statenpraktijk om vervolgde vreemdelingen te beschermen ontwikkelde zich verder in het verdere verloop van de 19de eeuw en daarbij werd vervolging niet enkel gelinkt aan politieke redenen maar bijvoorbeeld ook aan religieuze redenen.<sup>40</sup> Het is pas tijdens het interbellum dat het concept van *niet terugsturen* stilaan opduikt in internationale teksten. Europa bevond zich toen in een zeer tumultueuze periode, wat aanleiding gaf tot een reeks van vluchtelingenstromen, gaande van Russen op de vlucht voor het bolsjewistische regime, Armeniërs die de nieuwe Turkse republiek ontvluchtten, en joden die uit verschillende Europese landen werden verdreven.<sup>41</sup>

39. Onder leiding van Hoge Commissaris Fridtjof Nansen, als zodanig benoemd door de Volkerenbond, werden akkoorden afgesloten in 1922, 1924, 1926 en 1928, die praktische afspraken en aanbevelingen bevatten t.a.v. welomlijnde groepen vluchtelingen die niet of niet langer de bescherming van hun land van herkomst genoten. De eerste regelingen uit de jaren 1920 betroffen voornamelijk Russische en Armeense vluchtelingen. Zo bevatte de Regeling uit 1926 een eerste vluchtelingendefinitie, die luidde:

*"The Conference adopts the following definitions of the term 'refugees':*

*Russian: Any person of Russian origin who does not enjoy or who no longer enjoys the protection of the Government of the Union of Socialist Soviet Republics and who has not acquired another nationality.*

*Armenian: Any person of Armenian origin formerly a subject of the Ottoman Empire who does not enjoy or who no longer enjoys the protection of the*

---

<sup>37</sup> INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, Résolution sur l'asile et le droit international public – premier Article, Session de Bath – 1950, [http://www.idi-ii.org/idiF/resolutionsF/1950\\_bath\\_01\\_fr.pdf](http://www.idi-ii.org/idiF/resolutionsF/1950_bath_01_fr.pdf).

<sup>38</sup> G. GOODWIN-GILL en J. McADAM, *The Refugee in International Law*, *supra* noot 29, 357.

<sup>39</sup> W. KÄLIN, M. CARONI en L. HEIM, "Article 33, para. 1 Prohibition of Expulsion or Return ('Refoulement')", in A. ZIMMERMAN (ed.), *supra* noot 25, 1335.

<sup>40</sup> G. GOODWIN-GILL en J. McADAM, *The Refugee in International Law*, *supra* noot 29, 202

<sup>41</sup> R. JENNINGS en A. WATTS (eds.), *Oppenheim's International Law – volume 1 Peace*, Harlow, Longman, 892.

*Government of the Turkish Republic and who has not acquired another nationality.”<sup>42</sup>*

Deze Regeling werd *mutatis mutandis* in 1928 uitgebreid tot Assyrische, Assyrisch-Chaldese en geassimileerde vluchtelingen, zoals vluchtelingen van Syrische en Koerdische oorsprong.<sup>43</sup> De akkoorden bevatten geen refoulementverbod; de vluchtelingen werden voornamelijk in het bezit gesteld van internationaal erkende identiteitsdocumenten (de zgn. Nansenpaspoorten), waardoor ze een meer zekere juridische status verworven alsook de mogelijkheid om vrij te reizen. Voorts gold enkel de aanbeveling om geen verwijderingsmaatregelen te nemen wanneer de betreffende vreemdelingen niet in de mogelijkheid waren om een buurland op regelmatige wijze binnen te komen, tenzij deze vreemdeling de ontvangende Staat zelf illegaal was binnengekomen.

40. Deze *ad hoc* en fragmentaire aanpak voldeed al gauw niet.<sup>44</sup> Een eerste en voorzichtige, meer omvattende benadering van het vluchtelingenvraagstuk kwam tot uitdrukking in het Verdrag betreffende het internationale statuut van vluchtelingen van 1933, waarin onder meer het non-refoulementprincipe voor het eerst uitdrukkelijk werd neergelegd:

*“Each of the Contracting Parties undertakes not to remove or keep from its territory by application of police measures, such as expulsions or non-admittance at the frontier (refoulement), refugees who have been authorized to reside there regularly, unless the said measures are dictated by reasons of national security or public order. It undertakes in any case not to refuse entry to refugees at the frontiers of their countries of origin.”<sup>45</sup>*

De toepassing van dit Verdrag was echter beperkt tot vluchtelingen die in het bezit waren van een zgn. Nansenpaspoort.

41. In 1936<sup>46</sup>, 1938<sup>47</sup> en 1939<sup>48</sup> werden nieuwe regelingen en overeenkomsten afgesloten die van toepassing waren op vluchtelingen uit Duitsland en Oostenrijk. Dit ging meer bepaald over personen die in het bezit waren (of waren geweest) van de Duitse of Oostenrijkse nationaliteit, enerzijds, en staatloze personen die in Duitsland of Oostenrijk gevestigd waren, anderzijds, en die niet genoten, in feite en in rechte, van de bescherming van de Duitse regering. Deze akkoorden uit de jaren 1930 bevatten echter een veel minder absolute bescherming tegen refoulement.<sup>49</sup> Hoewel in de praktijk grote aantallen vluchtelingen werden

---

<sup>42</sup> Art. 2 van Arrangement of 12 May 1926 relating to the Issue of Identity Certificates to Russian and Armenian Refugees, *League of Nations Treaty Series* 84, 1926, No. 2004.

<sup>43</sup> Arrangement of 30 June 1928 Concerning the Extension to Other Categories of Certain Measures Taken in Favour of Russian and Armenian Refugees, *League of Nations Treaty Series* 89, 1928, No. 2006.

<sup>44</sup> Voor meer achtergrond over deze akkoorden uit de jaren 1920, zie C.M. SKRAN, “Historical Development of International Refugee Law”, in A. ZIMMERMAN (ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 7-14.

<sup>45</sup> Art. 3 van Convention of 28 October 1933 relating to the International Status of Refugees, *League of Nations Treaty Series* 159, 1933, No. 3663. Voor meer achtergrond over het Vluchtelingenverdrag van 1933, zie C.M. SKRAN, “Historical Development of International Refugee Law”, in A. ZIMMERMAN (ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 14-26.

<sup>46</sup> Provisional Arrangement of 4 July 1936 concerning the Status of Refugees coming from Germany, *League of Nations Treaty Series* 171, 1936, No. 3952.

<sup>47</sup> Convention of 10 February 1938 concerning the Status of Refugees Coming From Germany, *League of Nations Treaty Series* 191, 1938, No. 4461.

<sup>48</sup> Additional Protocol of 14 September 1939 to the Provisional Arrangement and to the Convention (signed at Geneva on July 4th, and February 10th, 1938), respectively, concerning the Status of Refugees coming from Germany, *League of Nations Treaty Series* 198, 1939, No. 4634.

<sup>49</sup> De akkoorden uit 1936 en 1938 reppen beiden met geen woord over non-refoulement. In principe mochten staten geen vluchtelingen uitwijzen wanneer die legaal in het land verbleven, tenzij om redenen van nationale veiligheid of openbare orde. Staten mochten echter wel vluchtelingen terug naar Duitsland sturen indien zij op voorhand werden gewaarschuwd en indien zij weigerden, zonder rechtvaardiging, om de nodige maatregelen te treffen om wettelijke

opgevangen, zorgden het beperkte aantal ratificaties van en de dubbelzinnige, voorwaardelijk geformuleerde bepalingen in de verschillende akkoorden en verdragen ervoor dat het non-refoulementbeginsel niet formeel werd geconsolideerd tijdens deze tussenoorlogse periode. Een gevolg van de beperkte categoriale of groepsbescherming was dat andere vluchtelingengroepen werden uitgesloten van bescherming onder voornoemde regelingen en overeenkomsten uit de jaren 1920 en 1930. Staten besloten op unilaterale basis om ook bescherming toe te kennen aan andere vluchtelingengroepen, zoals Spaanse en Italiaanse vluchtelingen die respectievelijk het bewind van Franco en Mussolini ontvluchtten.<sup>50</sup>

42. Na Wereldoorlog II werd de Internationale Vluchtelingenorganisatie opgericht (een voorloper van het huidige VN-Hoog Commissariaat voor de Vluchtelingen), die zich boog over de talloze oorlogsvluchtelingen en de nieuwe stroom vreemdelingen op de vlucht voor de politieke ontwikkelingen in Oost-Europa.<sup>51</sup> In het statuut van de Internationale Vluchtelingenorganisatie (hierna: IRO) van 1946 werd deze groepsbenadering stilaan verlaten voor preciezere individuele criteria. Het Statuut combineerde verschillende vluchtelingdefinities. Enerzijds beoogde het een groepsbescherming (bijvoorbeeld ten aanzien van slachtoffers van de nazi-, fascistische en Quislingregimes en andere regimes die deze regimes ondersteunden; Spaanse republikeinen of andere Spaanse slachtoffers van het falangistische regime; joden, vreemdelingen of staatlozen die het slachtoffer waren van nazivervolgning). Anderzijds beoogde het Statuut een meer algemene en individuele bescherming, waarvoor het volstond dat de vreemdeling zich buiten het land van oorsprong bevond en, omwille van gebeurtenissen ten gevolge van Wereldoorlog II, de bescherming van dat land niet genoot of – en dit was nieuw – niet wilde invoeren.<sup>52</sup> Om echter onder het mandaat en de bescherming van de IRO te vallen, moesten bovengenoemde vluchtelingen bijkomend aantonen dat ze geldige bezwaren hadden ten aanzien van de terugkeer naar hun land van oorsprong, bijvoorbeeld wegens vervolging of de vrees voor vervolging op basis van redelijke gronden, en wegens ras, godsdienst, nationaliteit of politieke overtuiging.<sup>53</sup>

De VN-Economische en Sociale Raad ging inmiddels na of er ruimte was voor het opstellen van een herziene conventie m.b.t. de status van vluchtelingen. Ondertussen werd in de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens het recht om asiel te zoeken en te genieten gespecificeerd als een recht om *asiel te zoeken tegen vervolging*.<sup>54</sup>

---

toegang tot een ander land te verkrijgen. Het is onduidelijk of deze bepaling ook van toepassing was op legaal verblijvende vluchtelingen. In elk geval gold er geen non-refoulementverbod voor vluchtelingen aan de grens. Voor meer achtergrond over de akkoorden uit de jaren 1930 m.b.t. Duitse vluchtelingen, zie C.M. SKRAN, "Historical Development of International Refugee Law", in A. ZIMMERMAN, *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 26-35 en W. KÁLIN, M. CARONI en L. HEIM, "Article 33, para. 1 Prohibition of Expulsion or Return ('Refoulement')", in A. ZIMMERMAN (ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 1336-1337; R. JENNINGS en A. WATTS (eds.), *Oppenheim's International Law – volume 1 Peace*, Harlow, Longman, 1992, 893, voetnoot 9; G. JAEGER, "On the History of the International Protection of Refugees", *International Review of the Red Cross* 2001, 731.

<sup>50</sup> Onder meer Frankrijk nam een decreet aan waarin de toepassing van het Verdrag betreffende het internationale statuut van vluchtelingen van 1933 werd uitgebreid naar Spaanse vluchtelingen. Zie daarover J. McADAM, *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 27-28.

<sup>51</sup> Zie Constitution of the International Refugee Organisation, 15 december 1946, *United Nations Treaty Series*, vol. 18, 3.

<sup>52</sup> Annex 1, Section A, Constitution of the International Refugee Organisation, 15 december 1946, *United Nations Treaty Series*, vol. 18, 3.

<sup>53</sup> Annex 1, Section C, Constitution of the International Refugee Organisation, 15 december 1946, *United Nations Treaty Series*, vol. 18, 3. Zie hierover meer in S. SCHMALH, "Article 1 A, para. 1 – Definition of the Term 'Refugee'", in A. ZIMMERMAN (ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 247-279. Een uitzondering werd gemaakt voor Spaanse republikeinen. Die vielen onder het mandaat van IRO zolang het falangistische regime aan de macht was in Spanje. Aanvullend werd een uitzondering gemaakt voor joodse vluchtelingen.

<sup>54</sup> Art. 14 Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, G.A. res. 217A (III), U.N. Doc A/810 at 71 (1948).

43. Op 14 december 1950 werd het IRO vervangen door het VN-Hoog Commissariaat voor de Vluchtelingen (hierna: UNHCR). Het UNHCR kreeg een eigen mandaat toegewezen.<sup>55</sup> Op 28 juli 1951 werd het VN-Vluchtelingenverdrag aangenomen, wat voor Staten nog steeds het voornaamste internationale rechtsinstrument m.b.t. vluchtelingen is.<sup>56</sup> Dit Verdrag herneemt in zijn definitie van vluchtelingen die personen die onder de regelingen en overeenkomsten van de jaren 1920 en de jaren 1930 reeds als vluchteling werden beschouwd (artikel 1A (1)).<sup>57</sup> Belangrijk is de uiteindelijke formulering van een individuele vluchtelingendefinitie in het Verdrag op basis waarvan de vluchtelingenstatus aan een vreemdeling wordt verleend. Het Verdrag definieert in artikel 1A (2) een vluchteling als elke persoon:

*“die, [...] uit gegronde vrees voor vervolging wegens zijn ras, godsdienst, nationaliteit, het behoren tot een bepaalde sociale groep of zijn politieke overtuiging, zich bevindt buiten het land waarvan hij de nationaliteit bezit, en die de bescherming van dat land niet kan of, uit hoofde van bovenbedoelde vrees, niet wil invoeren”.*

Het Verdrag koppelt daaraan artikel 33 (1) dat het non-refoulementbeginsel als volgt consolideerde:

*“Geen der verdragsluitende staten zal, op welke wijze ook, een vluchteling uitzetten of terugleiden naar de grenzen van een grondgebied waar zijn leven of vrijheid bedreigd zou worden op grond van zijn ras, godsdienst, nationaliteit, het behoren tot een bepaalde sociale groep of zijn politieke overtuiging.”*<sup>58</sup>

In eerste instantie ging deze vluchtelingendefinitie gepaard met geografische<sup>59</sup> en tijdsbeperkingen,<sup>60</sup> maar die werden door het Protocol van 1967 opgeheven, waardoor de

---

<sup>55</sup> Het mandaat van UNHCR hernam, in eerste orde, de groepsbescherming die reeds was verleend aan bepaalde categorieën vluchtelingen zoals gespecificeerd in de praktische regelingen van 12 mei 1926 en 30 juni 1928, alsook in de Overeenkomsten van 28 oktober 1933 en 19 februari 1938, evenals in het protocol van 14 september 1939 en het statuut van de IRO (zie Annex I, Chapter II, art. 6, A (i) van de Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, bij de VN-Resolutie van de Algemene Vergadering van 14 december 1950, nr. 428 (V)). In tweede orde breidde het Statuut van UNHCR het mandaat uit naar vluchtelingen die zich ten gevolge van gebeurtenissen vóór 1 januari 1951 buiten hun land van oorsprong bevinden en die de bescherming van dat land niet willen of kunnen invoeren wegens een gegronde vrees voor vervolging of redenen die anders zijn dan persoonlijk gemak (zie Annex I, Chapter II, art. 6, A (ii) van het Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, bij de VN-Resolutie van de Algemene Vergadering van 14 december 1950, nr. 428 (V)). In derde orde werd het mandaat, in algemene termen, uitgebreid naar elke andere persoon die zich buiten het land van oorsprong bevindt en die omwille van een gegronde vrees voor vervolging wegens ras, godsdienst, nationaliteit of politieke overtuiging, de bescherming van zijn land niet kan of wil invoeren (zie Annex I, Chapter II, art. 6, B van het Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, bij de VN-Resolutie van de Algemene Vergadering van 14 december 1950, nr. 428 (V)). Deze laatste uitbreiding bevat geen beperkingen, noch in de tijd, noch geografisch. Door een geïndividualiseerde definitie heeft het UNHCR-Statuut een algemene toepassing die echter noodzaakt tot een onderzoek geval per geval. Op basis van resoluties van de VN-Algemene Vergadering werd UNHCR herhaaldelijk gemachtigd om vluchtelingen bij te staan die buiten de toepassing van het statutaire mandaat vielen. UNHCR werd daarbij oorspronkelijk opgeroepen om haar goede diensten ('good offices') aan te wenden ten voordele van welbepaalde groepen vluchtelingen. Deze meer pragmatische benadering op basis van een *prima facie* groepsbescherming heeft niet meteen een eenduidige verklaring. Vaak betreft het een samenspel van politieke en juridische redenen, alsook van praktische en juridische moeilijkheden om de vluchtelingenstatus te bepalen wanneer men wordt geconfronteerd met een massale vluchtelingenstroom. Om de focus op het verlenen van humanitaire bijstand en bescherming te behouden, worden beperkingen in de mandaatdefinities en in de individuele statusdeterminatie zo omzeild. Heden wordt het mandaat van UNHCR gestoeld op de notie 'people of concern' en is UNHCR gemachtigd om zich niet enkel te ontfemen over vluchtelingen in brede zin maar ook over teruggekeerde vluchtelingen, staatlozen en ontheemden (m.a.w. vluchtelingen in eigen land, de zgn. 'internally displaced persons'). Zie G. GOODWIN-GILL en J. McADAM, *The Refugee in International Law*, supra noot 29, 20-35.

<sup>56</sup> UN Convention of 28 July 1951 relating to the status of refugees, *United Nations Treaty Series*, vol. 189, 137.

<sup>57</sup> Meer bepaald de groepsbescherming die reeds was verleend aan bepaalde categorieën vluchtelingen zoals gespecificeerd in de praktische regelingen van 12 mei 1926 en 30 juni 1928, alsook in de Overeenkomsten van 28 oktober 1933 en 19 februari 1938, evenals in het protocol van 14 september 1939 en het statuut van de IRO.

<sup>58</sup> UN Convention of 28 July 1951 relating to the status of refugees, *United Nations Treaty Series*, vol. 189, 137.

<sup>59</sup> Het vroegere artikel 1 B beperkt de definitie tot die vreemdelingen die vluchtelingen zijn geworden als gevolg van gebeurtenissen in Europa.

<sup>60</sup> Oorspronkelijk was artikel 1 A (2) beperkt tot vreemdelingen die vluchteling waren geworden als gevolg van gebeurtenissen die plaats hadden gevonden vóór 1 januari 1952.

vluchtelingendefinitie een universeel karakter heeft verworven.<sup>61</sup> Deze geïndividualiseerde definitie noodzaakt tot een onderzoek geval per geval, maar zoals hieronder wordt aangegeven bevat het VN Vluchtelingenverdrag geen bepalingen omtrent de toegang tot bescherming en een procedure tot identificatie.

44. De vluchtelingendefinitie bestaat uit vier constitutieve elementen op basis waarvan een vluchteling op individuele wijze kan worden geïdentificeerd. Het moet gaan om een vreemdeling (1) die zich buiten zijn land van oorsprong bevindt; (2) die de bescherming van zijn land niet wil of kan inroepen; (3) wiens onmogelijkheid of onwiligheid te wijten is aan een gegronde vrees voor vervolging; en (4) wiens vrees voor vervolging gebaseerd is op redenen van ras, godsdienst, nationaliteit, het behoren tot een sociale groep of een politieke overtuiging.

Het VN-Vluchtelingenverdrag bepaalt dus wie nood heeft aan asielbescherming, m.n. de personen die voldoen aan de vluchtelingendefinitie. Door de evolutie van een *ad hoc* categoriale bescherming naar een individuele universele bescherming te voltrekken, beperkt de vluchtelingendefinitie uit het VN-Vluchtelingenverdrag de soevereine bevoegdheid van Staten om zelf te bepalen wie nood heeft aan asielbescherming. Maar hoewel op eerste gezicht het hier een juridisch gesloten definitie betreft, blijken een aantal belangrijke onderdelen van de definitie zelf niet nader gedefinieerd te zijn. Zo werd o.m. niet verder gedefinieerd wat men moet verstaan onder ‘vervolging’ of ‘sociale groep’. Er is geen internationaal toezichthoudend orgaan dat waakt over de toepassing van het VN-Vluchtelingenverdrag, zodat de interpretatie en toepassing van dit Verdrag werd overgelaten aan interne wetgeving en internationale en nationale rechtspraak. Daarbij werd niet enkel gekeken naar het voorwerp en doel van het Verdrag, maar werd eveneens rekening gehouden met gewijzigde en hedendaagse omstandigheden. Het besef dat mensenrechtenschendingen en het creëren van vluchtelingen onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn, heeft ertoe bijgedragen dat ook mensenrechten nauw betrokken werden in de interpretatie en de toepassing van de vluchtelingendefinitie op nationaal niveau. Door het VN-Vluchtelingenverdrag als een levend instrument en vanuit een mensenrechtenperspectief te benaderen, was het dan ook mogelijk om de vluchtelingendefinitie op dynamische wijze mee te laten evolueren met de stand van zaken in de wereld. In de Europese Unie vormde de rechtspraak van het EHRM een inspiratiebron voor de interpretatie van een aantal begrippen uit het VN-Vluchtelingenverdrag. Het Hof stelt meermaals dat het niet bevoegd is om asielaanvragen zelf te beoordelen, doch wel om te controleren of verdragsluitende Staten hun verplichtingen onder het VN-Vluchtelingenverdrag eerbiedigen.<sup>62</sup> Het EHRM stelde weliswaar dat “*The right to political asylum is not contained in either the Convention or its Protocols*”, maar verdragsluitende Staten moeten “... *in exercising their right to expel such aliens, (...) have regard to Article 3 of the Convention*”.<sup>63</sup> Onder meer de rechtspraak inzake artikel 3 EVRM maar ook andere EVRM-bepalingen zijn dus instructief om te bepalen wanneer er sprake is van vervolging alsook wie daden van vervolging kan stellen.<sup>64</sup>

De beschikbare bescherming onder het VN-Vluchtelingenverdrag is echter absoluut noch eeuwigdurend. Naast het feit dat personen enkel kwalificeren als vluchteling indien ze aan de vluchtelingendefinitie voldoen (m.n. er moet een verband zijn tussen de vervolging en de vervolgingsgrond), worden bepaalde personen ook uitgesloten van de toepassing van dit

---

<sup>61</sup> Protocol van 16 december 1966 met betrekking tot de status van vluchtelingen, VN-Algemene Vergadering, *UN Doc. A/RES/2198*.

<sup>62</sup> EHRM 20 oktober 2011, nr. 55463/09, *Samina v. Zweden*, par. 48.

<sup>63</sup> EHRM 11 januari 2007, nr. 1948/04, *Salah Sheekh v. Nederland*, par. 135.

<sup>64</sup> Zie H. LAMBERT, “The European Convention on Human Rights and the Protection of Refugees: Limits and Opportunities”, *Refugee Survey Quarterly* 2005, 39-55; N. MOLE en C. MEREDITH, *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Council of Europe Publishing, 2010, 283p.



Verdrag, zoals vluchtelingen die bijstand of bescherming genieten van andere VN-organisaties (bijvoorbeeld Palestijnse vluchtelingen onder de bevoegdheid van UNRWA, artikel 1D VN-Vluchtelingenverdrag) en vluchtelingen die als nationale onderdanen worden behandeld in de ontvangende Staat (artikel 1E VN-Vluchtelingenverdrag). Ook uitgesloten als vluchteling zijn die personen ten aanzien van wie er ernstige redenen zijn om te veronderstellen dat zij een misdrijf tegen de vrede, een oorlogsmisdrijf of een misdrijf tegen de menselijkheid hebben begaan, of een ernstig, niet-politiek misdrijf hebben begaan voor zij op het grondgebied van de ontvangende Staat werd toegelaten, of die zich schuldig hebben gemaakt aan handelingen die in strijd zijn met de doelstellingen en beginselen van de Verenigde Naties (artikel 1F VN-Vluchtelingenverdrag). Eens als vluchteling erkend, kan het Verdrag ook een einde stellen aan de vluchtelingenstatus, bijvoorbeeld wanneer er sprake is van een vrijwillige terugkeer, de verkrijging van een nieuwe nationaliteit of gewijzigde omstandigheden in het land van oorsprong (artikel 1C VN-Vluchtelingenverdrag). Tenslotte geldt de bescherming tegen refoulement t.a.v. een vluchteling niet wanneer er ernstige redenen bestaan om hem te beschouwen als een gevaar voor de veiligheid van het land waar hij zich bevindt, of die, bij gewijsde veroordeeld wegens een bijzonder ernstig misdrijf, een gevaar oplevert voor de gemeenschap van dat land (artikel 33, par. 2).

## **2. De inhoud van asielbescherming**

45. Vluchtelingen die voldoen aan de definitie genieten in de eerste plaats van de minimumbescherming onder het non-refoulementbeginsel (artikel 33 VN-Vluchtelingenverdrag).<sup>65</sup> Het normatieve karakter van het non-refoulementbeginsel verbindt Staten alvast tot een minimumstandaard van bescherming, nl. het niet terugsturen van de vreemdeling naar zijn land van herkomst. Deze minimumbescherming moet blijvend aan de vreemdeling worden gewaarborgd zolang hem de bescherming van zijn eigen Staat ontbreekt. Dit confronteert Staten echter met de vraag hoe vluchtelingen die niet teruggestuurd kunnen worden behandeld dienen te worden.<sup>66</sup>

46. Eerder werd in het internationaal gewoonterecht twee standpunten over de behandeling van vreemdelingen naar voren geschoven.<sup>67</sup> In het eerste standpunt werd de zgn. nationale behandeling als standaard vooruitgeschoven, voornamelijk door niet-Westerse landen, die stelt dat vreemdelingen op dezelfde manier dienen te worden behandeld als de eigen onderdanen. Een tweede standpunt, dat voornamelijk vertolkt wordt door de Westerse landen, stelde dat vreemdelingen moeten worden behandeld op basis van een internationale minimumstandaard. Wat deze internationale minimumstandaard precies inhield, werd nooit

---

<sup>65</sup> WOUTERS stelt dat er tussen art. 33 (1) en art. 1A (2) van het VN-Vluchtelingenverdrag een nauwe relatie bestaat, hoewel er tekstuele verschillen zijn tussen het non-refoulementbeginsel en de vluchtelingendefinitie. Echter, zoals WOUTERS stelt, kunnen het voorwerp en doel van de VN-Vluchtelingenverdrag alsook de interne coherentie van het Verdrag enkel leiden tot het besluit dat artikel 33 VN-Vluchtelingenverdrag niet mag worden begrepen als een tweede hindernis voor een vluchteling om beroep te kunnen doen op de bescherming door het non-refoulementbeginsel. De draagwijdte/werkingssfeer van het non-refoulementbeginsel in het VN-Vluchtelingenverdrag wordt dan ook grotendeels bepaald en verklaard door artikel 1(A)2 VN-Vluchtelingenverdrag. Deze tekstuele verschillen mogen niet worden begrepen als bijkomende voorwaarden om tegen refoulement beschermd te worden; K. WOUTERS, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 56-57.

<sup>66</sup> Volgens GOODWIN-GILL verschaft de permanente plicht van non-refoulement, i.e. het zgn. '*non-refoulement through time principle*', "a platform upon which to build principles of protection for refugees pending a durable solution, whereby minimum rights and standards of treatment may be secured." G. GOODWIN-GILL en J. McADAM, *The Refugee in International Law*, supra noot 29, 343.

<sup>67</sup> I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 501-503; A. CASSESE, *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 120-123; W. LEVI, *Contemporary International Law: A Concise Introduction*, Boulder, Westview Press, 1979, 175-191; M.C. SHAW, *International Law*, Cambridge, Grotius Publications, 1991, 512-514; R. WALLACE en O. MARTIN-ORTEGA, *International Law*, Londen, Sweet en Maxwell, 2009, 205-209.

gedefinieerd, maar er werd wel aangenomen dat deze standaard werd geschonden indien de behandeling van een vreemdeling door een Staat “*would fall so short of established civilised behaviour that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency.*”<sup>68</sup> Er is een poging geweest om beide standaarden te verzoenen. In een rapport van 1956 aan de International Law Commission m.b.t. internationale staatsaansprakelijkheid, stelde de Bijzondere Rapporteur voor dat Staten aan vreemdelingen dezelfde behandeling verschuldigd zijn als aan de eigen onderdanen.<sup>69</sup> Deze behandeling mocht echter onder geen omstandigheden minder zijn dan wat de erkende fundamentele mensenrechten inhouden. Dit voorstel werd echter niet aanvaard door Staten wegens te verregaand en te vaag.<sup>70</sup>

47. In het VN-Vluchtelingenverdrag werd wel op uitdrukkelijke wijze een aantal behandelingsstandaarden t.a.v. vluchtelingen neergelegd, meer bepaald in artikelen 2 tot 34.<sup>71</sup> Het verbod op refoulement staat dus niet op zichzelf, maar maakt deel uit van een verdrag dat concrete rechten aan vluchtelingen toekent.<sup>72</sup> Omdat het VN-Vluchtelingenverdrag aan de erkenning van de vluchtelingenstatus geen toekenning van een permanente verblijfsstatus koppelt, werd als tegenprestatie een duidelijke verplichting gelegd bij Staten om een brede waaier van voordelen en rechten toe te kennen aan vluchtelingen.<sup>73</sup> Daarbij werd de nadruk gelegd op socio-economische rechten en de juridische status van vluchtelingen.<sup>74</sup> Samen met een aantal administratieve maatregelen, hadden deze bepalingen tot doel om vluchtelingen zelfredzaam te maken en te integreren.<sup>75</sup>

Een deel van de rechtsleer ziet hierin een structuur van geleidelijke groei en verbetering in de toekenning van rechten aan vluchtelingen.<sup>76</sup> Door op progressieve wijze de noden en ambities van vluchtelingen te beantwoorden, wordt, volgens HATHAWAY, de relatie tussen de vluchteling en de ontvangende Staat geconsolideerd.<sup>77</sup> HATHAWAY specificeert verder: “... *refugees acquire rights as a function of their level of attachment to a particular state party. They are entitled to an expanding array of rights as their relationship with the asylum state deepens over the course of a four-part assimilation path.*”<sup>78</sup> BATTJES is niet helemaal overtuigd door de visie van HATHAWAY op deze structuur. Volgens hem weerspiegelt deze

---

<sup>68</sup> US-Mexico General Claims Commission, 15 oktober 1926, *Neer v. United Mexican States*, 4 R.I.A.A., 61-62.

<sup>69</sup> Rapport van de Bijzondere Rapporteur Garcia-Amador m.b.t. internationale staatsaansprakelijkheid aan de International Law Commission, *Yearbook of the ILC*, 1956, vol. II, 173.

<sup>70</sup> In de tijdsgeest van de jaren 1950 was er onenigheid tussen communistische en niet-communistische staten over de vraag of sociale en economische rechten ook tot de internationale minimumstandaarden hoorden. I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, supra noot 67, 503; A. CASSESE, *International Law*, supra noot 67, 120-121.

<sup>71</sup> Voor een uitgebreide bespreking zie G. GOODWIN-GILL en J. McADAM, *The Refugee in International Law*, supra noot 29, 506-528.

<sup>72</sup> K. WOUTERS, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, supra noot 65, 589.

<sup>73</sup> Volgens EDWARDS volgt dit uit het recht om asiel te genieten: “*The replacement of a right ‘to be granted’ asylum with a right ‘to enjoy’ asylum ... suggests at a minimum a right ‘to benefit from’ asylum*”, A. EDWARDS, “Human Rights, Refugees, and the Right ‘to Enjoy’ Asylum”, *IJRL* 2005, 302.

<sup>74</sup> J. HATHAWAY en A. CUSICK, “Refugee rights are not negotiable”, *Geo. Immigr. L.J.* 2000, 485. Belangrijk is: “*On a plain reading of the text, these are not standards of achievement, but rights enforceable against state parties stated in the language of legal obligation*”.

<sup>75</sup> Vergelijk met de preambule van het Statuut van de Internationale Vluchtelingenorganisatie uit 1947: “*Recognizing (...) that genuine refugees and displaced persons, until such time as their repatriation or re-settlement and reestablishment is effectively completed, should be protected in their rights and legitimate interests, should receive care and assistance and, as far as possible, should be put to useful employment in order to avoid the evil and anti-social consequences of continued idleness.*” Zie supra noot 51.

<sup>76</sup> Deze stelling wordt door HATHAWAY opgeworpen. Zie J. HATHAWAY en A. CUSICK, “Refugee Rights Are Not Negotiable”, supra noot 74, 491. Hij krijgt navolging van o.m. J. McADAM, *Complementary Protection in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 214 e.v.

<sup>77</sup> J. HATHAWAY en A. CUSICK, “Refugee Rights Are Not Negotiable”, supra noot 74, 491.

<sup>78</sup> J. HATHAWAY en A. CUSICK, “Refugee Rights Are Not Negotiable”, supra noot 74, 491. Ik baseer me op de analyse die BATTJES maakte om deze verschillende fasen van aanwezigheid en verblijf nader te duiden. Daarbij wordt opgemerkt dat BATTJES de noties “gewone verblijfplaats” en “land van woonplaats” niet verbindt aan de duur van het verblijf. Hij leidt uit de tekst van het VN-Vluchtelingenverdrag af dat het hier gaat om noties die dienen om aan te duiden welke Staat aan bepaalde verplichtingen moet voldoen indien de vluchteling een band heeft met twee of meerdere staten. Dit is onder meer van belang m.b.t. auteursrechten (art. 14) en de rechtsingang (art. 16, leden 2 en 3). H. BATTJES, *European Asylum Law and International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 448-455.

structuur eerder de zoektocht naar een evenwicht tussen de noden van de vluchteling en de belangen van de ontvangende Staat. Dat dit inderdaad een meer realistische benadering is, blijkt uit de statenpraktijk en ook uit de benadering van deze rechten in de Richtlijn 2004/83/EG van 29 april 2004 inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchteling of als persoon die anderszins internationale bescherming behoeft, en de inhoud van de verleende bescherming.<sup>79</sup> Dit is in wezen ook wat HATHAWAY zelf besluit: het bereikte compromis heeft tot resultaat dat Staten aan illegaal aanwezige of verblijvende vluchtelingen niet meteen alle volle rechten moeten toekennen.<sup>80</sup> Een aantal basisrechten moet echter wel worden toegekend. In die zin meent UNHCR dat de gradaties in behandeling, zoals die door het VN-Vluchtelingenverdrag worden toegelaten, als nuttige maatstaf dienen voor het definiëren van standaarden van opvang voor asielzoekers.<sup>81</sup>

48. Volgens BATTJES opereert deze structuur op basis van drie parameters.<sup>82</sup>

De eerste parameter kwalificeert de aanspraak op rechten aan de hand van de verblijfssituatie van de vluchteling, m.n. door vier categorieën van verblijf te onderscheiden.<sup>83</sup> Zo worden bepaalde voordelen toegekend aan alle vluchtelingen die eenvoudigweg op het grondgebied aanwezig zijn, zoals onder meer het non-refoulementbeginsel (art. 33).<sup>84</sup> Andere voordelen worden toevertrouwd aan vluchtelingen die regelmatig op het grondgebied aanwezig zijn, wat een toelating om op het grondgebied te blijven in overeenstemming met nationale wetgeving impliceert. Een voorbeeld daarvan is het recht op bewegingsvrijheid (art. 26).<sup>85</sup> Voordelen worden ook toegekend indien de vluchteling eenvoudigweg meer dan 3 maanden op het grondgebied verblijft, zoals het recht op administratieve bijstand (art. 25).<sup>86</sup> Voordelen worden tenslotte toegekend wanneer de vluchteling er regelmatig verblijft. Dit is van toepassing op vluchtelingen die regelmatig op het grondgebied vertoeven en er langer dan drie maanden aanwezig zijn.<sup>87</sup> Het is ook van toepassing op vluchtelingen die nog geen drie maanden aanwezig zijn maar die, in overeenstemming met nationale wetgeving, wel een toelating hebben gekregen voor een verblijf langer dan drie maanden. Dit geldt onder meer m.b.t. het recht om loonarbeid te verrichten (art. 17, lid 1).<sup>88</sup>

De tweede parameter maakt een onderscheid tussen, enerzijds, rechten die toegankelijk zijn voor alle vluchtelingen, of zij nu wel of niet formeel erkend zijn, en, anderzijds, rechten die voorbehouden zijn aan formeel erkende vluchtelingen, zoals de bepaling m.b.t. naturalisatie (art. 34), de afgifte van reisdocumenten (art. 28) of de bescherming tegen uitzetting (art. 32).

De derde parameter kwalificeert de voordelen zelf. Sommige rechten zijn specifiek voor vluchtelingen en betreffen onder meer de afgifte van reisdocumenten (art. 28) en identiteitsdocumenten (art. 27), het bespoedigen van naturalisatie (art. 34), de transfer van activa (art. 30) en het non-refoulementbeginsel (art. 33). De uitoefening van andere rechten is

---

<sup>79</sup> BATTJES, *European Asylum Law and International Law*, supra noot 78, 449.

<sup>80</sup> J. HATHAWAY en A. CUSICK, "Refugee Rights Are Not Negotiable", supra noot 74, 492.

<sup>81</sup> UNHCR vervolgt: "At a minimum, the 1951 Convention provisions that are not linked to lawful stay or residence would apply to asylum-seekers in so far as they relate to humane treatment and respect for basic rights." UN Nations High Commissioner for Refugees, "Reception of asylum-seekers, including standards for treatment, in the context of individual asylum systems", *Global Consultations on International Protection, 3rd Meeting, UN Doc. EC/GC/01/17*, 4 september 2001, par. 3.

<sup>82</sup> H. BATTJES, *European Asylum Law and International Law*, supra noot 78, 448.

<sup>83</sup> Zie G. GOODWIN-GILL en J. McADAM, *The Refugee in International Law*, supra noot 29, 524-528.

<sup>84</sup> Zie ook art. 2, 3, 4, 5, 13, 16 (1), 20, 22, 27, 29, 30, 31, 33 en 34 VN-Vluchtelingenverdrag.

<sup>85</sup> Zie ook art. 18 en 26 VN-Vluchtelingenverdrag.

<sup>86</sup> Zie ook art. 12, 14, 16, leden 2 en 3 en 17, lid 2, VN-Vluchtelingenverdrag.

<sup>87</sup> Er werd tijdens de onderhandelingen van het VN-Vluchtelingenverdrag benadrukt dat *de facto* omstandigheden zullen bepalen of dit stadium van verblijf is bereikt. J. HATHAWAY en A. CUSICK, "Refugee Rights Are Not Negotiable", supra noot 74, 497.

<sup>88</sup> Zie ook art. 15, 17, lid 1, 19, 21, 23, 24 en 28, lid 1, VN-Vluchtelingenverdrag.

dan weer relatief. Als minimumstandaard geldt dat vluchtelingen in ieder geval niet minder gunstig mogen worden behandeld dan vreemdelingen in het algemeen onder dezelfde omstandigheden. Deze minimumstandaard geldt t.a.v. het bezit van roerende en onroerende goederen (art. 13), de huisvesting (art. 21), het recht op bewegingsvrijheid (art. 26), het uitoefenen van zelfstandige arbeid (art. 18), het uitoefenen van vrije beroepen (art. 19) en het volgen van hoger onderwijs (art. 22 (2)).<sup>89</sup>

Andere bepalingen verwijzen naar de meest gunstige behandeling die wordt toegekend aan onderdanen van een vreemd land onder dezelfde omstandigheden, zoals het recht om loonarbeid te verrichten (art. 17, lid 1) of het recht van vereniging (art. 15). Dezelfde behandeling als die van eigen onderdanen wordt tenslotte toegekend inzake godsdienstvrijheid (art. 4), auteursrechten en industrieel eigendom (art. 14), rechtstoegang en juridische bijstand (art. 16), toegang tot lager onderwijs (art. 22, lid 1), ondersteuning en bijstand van de overheid in levensonderhoud (art. 23), arbeidswetgeving en sociale zekerheid (art. 24).

49. Sinds 1950 hebben mensenrechtenverdragen een enorme ontwikkeling gekend en spelen zij nu ook een zeer belangrijke rol in de behandeling van vreemdelingen, zoals doorheen dit proefschrift duidelijk zal worden. Onder deze verdragen moeten mensenrechten immers worden gewaarborgd aan eenieder die zich op het grondgebied van een verdragsluitende Staat bevindt: er wordt in beginsel geen onderscheid gemaakt tussen onderdanen en niet-onderdanen (non-discriminatiebeginsel). Internationaal gewoonterechtelijke regels inzake de minimumstandaard voor de behandeling van vreemdelingen zijn in grote mate geabsorbeerd door bepalingen inzake mensenrechten: een vreemdeling wordt niet meer zozeer als vreemdeling beschermd maar wel als individu.<sup>90</sup>

50. Een vluchteling beschikt nu zowel over rechten die hem via het VN-Vluchtelingenverdrag worden toegekend, maar ook over bijkomende rechten zoals in mensenrechtenverdragen voorzien wordt. Mensenrechten vullen niet alleen aan, ze kunnen ook de aanspraak op en toepassing van rechten in het VN-Vluchtelingenverdrag versterken en verbeteren.<sup>91</sup> Daarbij spelen ze een dubbele rol. In de eerste plaats garanderen zij de veiligheid, in de strikte zin van het woord. Hoewel in het belang van de openbare orde of van de nationale veiligheid er kan worden afgeweken van het merendeel van de mensenrechten, is het vanuit beschermingsperspectief van belang dat mensenrechtenverdragen ook een aantal bepalingen bevatten die niet opschortbaar en absoluut zijn. In het EVRM zijn dit bepalingen zoals het verbod van slavernij en dwangarbeid, het recht op leven, het verbod op foltering of onmenselijke behandeling (en het afgeleide non-refoulementbeginsel) en het 'geen straf zonder wet'-beginsel. In de tweede plaats, kunnen zij bijdragen tot een betere integratie van de vluchteling in de ontvangende Staat. Zo kan het recht op gezinshereniging, dat in het VN-

---

<sup>89</sup> Van belang is het zinsdeel 'dezelfde omstandigheden'. Dit houdt in dat een vluchteling voor de uitoefening van een recht moet voldoen aan alle eisen (waaronder begrepen die betreffende de duur van en de voorwaarden voor tijdelijk verblijf of vestiging) waaraan hij zou moeten voldoen indien hij geen vluchteling was, met uitzondering van de eisen waaraan, wegens zijn aard, een vluchteling niet kan voldoen. Hoewel het opzet was om vluchtelingen zoveel mogelijk te assimileren met andere vreemdelingen, werd er dus ook rekening gehouden met de specifieke omstandigheden van een vluchtelingensituatie. Zie Art. 6 en 7 (1) VN-Vluchtelingenverdrag. R. MARX en F. MACHTS, "Article 6 (The Term 'In the Same Circumstances')", in A. ZIMMERMAN (ed.), *supra* noot 25, 707-713. Door uitdrukkelijk te bepalen dat staten geen onoverkomelijke voorwaarden mogen opleggen aan vluchtelingen, werd er een behandelingsstandaard toegekend aan vluchtelingen die hoger is dan de zgn. internationale minimumstandaard. A. SKORDAS, "Article 7 (exemption from reciprocity)", in A. ZIMMERMAN (ed.), *supra* noot 25, 719-720.

<sup>90</sup> A. CASSESE, *International Law*, *supra* noot 67, 122. Zie ook art. 7 (1) VN-Vluchtelingenverdrag, dat bepaalde dat een verdragsluitende Staat vluchtelingen op dezelfde wijze zal behandelen als vreemdelingen in het algemeen, wat inhoudt dat ze eveneens worden behandeld in overeenstemming met internationale mensenrechtenverdragen. K. WOUTERS, *supra* noot 65, 163 J. HATHAWAY, *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 228.

<sup>91</sup> Over de samenhang tussen de mensenrechten en de rechten uit het VN-Vluchtelingenverdrag, zie A. EDWARDS, "Human Rights, Refugees, and the Right 'to Enjoy' Asylum", *supra* noot 73, 293-330.

Vluchtelingenverdrag niet wordt behandeld maar wel deel uitmaakt van de rechtspraak inzake artikel 8 EVRM, daarin een belangrijke rol spelen.<sup>92</sup>

De rechten in het VN-Vluchtelingenverdrag blijven echter van belang. Vooral de socio-economische rechten die daar worden voorzien (bijvoorbeeld het recht op loonarbeid) zijn essentieel voor de vluchteling en worden in meer absolute bewoordingen gesteld dan bijvoorbeeld de socio-economische rechten voorzien in het VN-Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten.

51. Het VN-Vluchtelingenverdrag en de mensenrechtenverdragen verschaffen daarmee een volgend element voor de nadere invulling van het concept ‘asiel’. Ze verduidelijken wat de inhoud is van de verleende bescherming die voortvloeit uit het non-refoulementbeginsel. Daarmee wordt, vanuit het internationaal recht, een verdere beperking gesteld aan de soevereine bevoegdheid van Staten inzake asiel.

52. Het VN-Vluchtelingenverdrag voorziet dus in de toekenning van rechten die de zelfredzaamheid en integratie van de vreemdeling moeten bevorderen. Dit werd niet gekoppeld aan de afgifte van een verblijfsvergunning, maar artikel 34 VN-Vluchtelingenverdrag benadrukt wel dat:

*“De verdragsluitende staten zullen, voor zover mogelijk, de assimilatie en naturalisatie van vluchtelingen vergemakkelijken. Zij zullen in het bijzonder er naar streven de naturalisatieprocedure te bespoedigen en de tarieven en kosten van deze procedure zoveel mogelijk te verminderen.”*

Dit artikel past in het streven naar een duurzame oplossing voor vluchtelingen. Aan UNHCR werd in 1950 immers de taak toevertrouwd om Staten bij te staan in het zoeken van permanente oplossingen voor vluchtelingen. Daartoe werden drie alternatieven geïdentificeerd: vrijwillige terugkeer, de assimilatie van de vluchtelingen in nieuwe nationale gemeenschappen, meer bepaald door hun naturalisatie te vergemakkelijken<sup>93</sup>, of de hervestiging van vluchtelingen.<sup>94</sup> Later werden deze ‘permanente oplossingen’ herdoopt tot ‘duurzame oplossingen’.

53. Toen het VN-Vluchtelingenverdrag opgesteld werd, genoten de ‘assimilatie’ en ‘naturalisatie’ van vluchtelingen nog de voorkeur. Uit de voorbereidende werken blijkt dat onder ‘assimilatie’ niet het verlies van identiteit mag worden verstaan, maar eerder de integratie in het economische, sociale en culturele leven van de ontvangende Staat.<sup>95</sup> In latere beleidsdocumenten van UNHCR werd het begrip ‘assimilatie’ dan ook vervangen door het meer neutrale begrip ‘lokale integratie’. Dit proces van lokale integratie wordt bevorderd door de toepassing van de rechten uit het VN-Vluchtelingenverdrag die op progressieve wijze de vluchteling integreren en zelfredzaam maken. Volgens UNHCR is lokale integratie een *“complex and gradual process which comprises distinct but related legal, economic, social and cultural dimensions and imposes considerable demands on both the individual and the receiving society.”* In vele gevallen is het verwerven van de nationaliteit van de ontvangende Staat het eindpunt van dit proces.

---

<sup>92</sup> Zie hierover H. BATTJES, *European Asylum Law and International Law*, supra noot 78, 469-474 en T. EINARSEN, “The European Convention on Human Rights and the Notion of an Implied Right to De Facto Asylum”, *IRJL* 1990, 375-376.

<sup>93</sup> Zie art. 2 (e) Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, bij VN-Resolutie Algemene Vergadering van 14 december 1950, nr. 428 (V).

<sup>94</sup> Zie art. 30 VN-Vluchtelingenverdrag m.b.t. de transfer van activa, die zulke hervestiging moet vergemakkelijken.

<sup>95</sup> Zie voor meer achtergrond R. MARX, “Article 34 Naturalization”, in A. ZIMMERMAN, *Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 1441-1456.

54. Na de Koude Oorlog deed er zich een voorkeurswijziging voor en werd eerder de ‘vrijwillige terugkeer’ gepromoot als de meest verkiesbare duurzame oplossing.<sup>96</sup> Parallel daaraan hoefde lokale integratie als duurzame oplossing niet meer te leiden tot naturalisatie, en werd er meer belang gehecht aan het verwerven van duurzame verblijfsrechten. In vele Staten gaat de toekenning van de vluchtelingenstatus vaak gepaard met de afgifte van een verblijfstitel, die, in een eerste fase, veelal van tijdelijke en voorwaardelijke aard is (het zgn. de jure asiel). Het toekennen van een tijdelijk en voorwaardelijk verblijfsrecht knoopt daardoor aan bij het feit dat de bescherming die het VN-Vluchtelingenverdrag toekent per definitie zelf een tijdelijke bescherming is, meer bepaald zolang de vluchteling verstoken blijft van bescherming door zijn land van herkomst of van bescherming door een derde land.<sup>97</sup> Hierdoor kunnen Staten bijvoorbeeld de verblijfsvergunning intrekken bij wijzigingen in de situatie van het land van oorsprong of bij *post facto* vastgestelde fraude. Bijgevolg zullen Staten pas na een aantal jaar een meer definitieve verblijfsvergunning toekennen en zal de eventuele latere intrekking van de vluchtelingenstatus wegens gewijzigde omstandigheden meestal geen invloed meer hebben op de permanente verblijfsstatus.

Dat is ook wat HATHAWAY verstaat onder ‘lokale integratie’:

*“Local integration means in essence that a refugee is granted some form of durable legal status that allows him or her to remain in the country of first asylum on an indefinite basis, and fully to participate in the social, economic, and cultural life of the host community. So conceived, local integration is not distinguishable from the primary solution envisaged by the Convention, namely simple respect for refugee rights. That is, the rights which are said to be the hallmarks of the solution of local integration are essentially the same rights which actually accrue the virtue of refugee status itself.”*<sup>98</sup>

55. GOODWIN-GILL formuleert het anders en stelt:

*“What cannot be ignored, however, is the close relationship between the issue of refugee status and the principle of non-refoulement, on the one hand, and the concept of asylum on the other hand. These three elements are, as it were, all links in the chain between the refugee’s flight and his or her attainment of a durable solution.”*<sup>99</sup>

Het feit dat het non-refoulementbeginsel op permanente wijze moet worden geëerbiedigd (*‘non-refoulement through time’*) is voor GOODWIN-GILL dan ook de noodzakelijke nexus tussen de toelating van de vluchteling op het grondgebied, enerzijds, en het verwerven van een duurzame oplossing, anderzijds. Idealiter zou, volgens hem, asiel moeten worden gezien als een verplichting voor Staten om een blijvende oplossing voor de situatie van de betrokken vreemdeling te vinden. Hij koppelt dan ook de statelijke plicht om *non-refoulement through time* te waarborgen aan de verantwoordelijkheid die Staten hebben, vanuit solidariteit en

---

<sup>96</sup> In wezen is er niet meteen sprake van een hiërarchie tussen de drie duurzame oplossingen; alledrie maken ze deel uit van de alomvattende benadering van UNHCR in het beschermingsvraagstuk. Zie UNHCR, Note on Strengthening and Expanding Resettlement Today: Challenges and Opportunities, Global Consultations on International Protection, 4<sup>th</sup> Meeting, UN Doc. EC/GC/02/7, 25 april 2002 en M. MAES, “De ‘herontdekking’ van hervestiging in België”, *T. Vreemd.* 2010, 122-123.

<sup>97</sup> Volgens artikel 1 C VN-Vluchtelingenverdrag houdt de toegekende bescherming op wanneer (i) de vluchteling vrijwillig wederom de bescherming inroept van het land waarvan hij de nationaliteit bezit; (ii) de vluchteling, indien hij zijn nationaliteit had verloren, deze vrijwillig heeft herkreken; (iii) de vluchteling een nieuwe nationaliteit heeft verkregen en de bescherming geniet van het land waarvan hij de nieuwe nationaliteit bezit; (iv) de vluchteling zich vrijwillig opnieuw heeft gevestigd in het land dat hij had verlaten of waarbuiten hij uit vrees voor vervolging verblijf hield. Tenslotte kan de vluchteling niet langer blijven weigeren de bescherming van het land van herkomst in te roepen wanneer de omstandigheden waarin hij werd erkend als vluchteling hebben opgehouden te bestaan. Er wordt nagegaan of de wijziging van omstandigheden een voldoende ingrijpend en niet-voorbijgaand karakter heeft om de gegronde vrees voor vervolging weg te nemen.

<sup>98</sup> J. HATHAWAY, *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 977-978.

<sup>99</sup> GOODWIN-GILL en J. McADAM, *The Refugee in International Law*, *supra* noot 29, 357.

lastenverdeling, om een duurzame oplossing te vinden, of het nu gaat om vrijwillige terugkeer, lokale integratie of de hervestiging in een derde land.<sup>100</sup>

56. Lokale integratie als duurzame oplossing kan zich manifesteren in het verwerven van een ‘*permanent or durable asylum*’ waarbij ‘*permanent protection*’ wordt gegarandeerd. Voor een erkende vluchteling wordt deze permanente bescherming in de eerste plaats gegarandeerd door een duurzame verblijfstitel. Naturalisatie is in een dergelijke context dan ook het eindpunt van een langdurig verblijf in de ontvangende Staat. Ze is niet de enige, maar wel de ultieme vorm van lokale integratie, en ze wordt dan ook wel eens gezien als de ‘formalisatie van de lokale integratieoplossing’.<sup>101</sup> Immers, door het verwerven van de nationaliteit, en daarmee ook de volle politieke rechten in de ontvangende Staat, eindigt ook de vluchtelingenstatus.

### **3. De toegang tot asielbescherming**

57. De verlening van bescherming en van een aantal rechten, zoals de afgifte van reisdocumenten (art. 28) of de bescherming tegen uitzetting (art. 32), wordt gekoppeld aan de erkenning van de vluchtelingenstatus. Deze bescherming is niet effectief als er geen bepaling van de nood aan asielbescherming plaatsheeft.<sup>102</sup> Doordat het VN-Vluchtelingenverdrag oorspronkelijk zowel temporeel als geografisch was beperkt, en in wezen eigenlijk alleen de situatie voor ogen had van vluchtelingen die zich in Europa bevonden wegens gebeurtenissen die plaatsvonden voor 1952, bevat het VN Vluchtelingenverdrag geen bepalingen die verband houden met de toegang tot asiel of voorziet het Verdrag niet in een mechanisme of procedure om de vluchtelingenstatus te bepalen. Er lijkt in het Vluchtelingenverdrag dus een ontbrekende schakel te zijn tussen de vluchtelingendefinitie en de waaier aan rechten waarop vluchtelingen beroep kunnen doen, met name het waarborgen van toegang tot bescherming door een identificatieprocedure.

58. In de rechtsleer wordt er naar het effectiviteitsbeginsel en het beginsel van goede trouw<sup>103</sup> verwezen om te argumenteren dat het VN-Vluchtelingenverdrag enkel kan functioneren wanneer er ook positieve maatregelen (d.w.z. procedurele maatregelen) worden genomen op nationaal niveau die toelaten om op effectieve en efficiënte wijze de nodige bescherming toe te kennen.<sup>104</sup> Ook UNHCR argumenteert dat een Staat het VN-Vluchtelingenverdrag enkel kan toepassen wanneer vluchtelingen als dusdanig worden geïdentificeerd. Het bepalen van de vluchtelingenstatus is dan ook een inherente vereiste van het VN-Vluchtelingenverdrag.<sup>105</sup>

---

<sup>100</sup> GOODWIN-GILL en J. McADAM, *The Refugee in International Law*, *supra* noot 29, 414-416.

<sup>101</sup> A. EDWARDS, “Human Rights, Refugees, and the Right ‘to Enjoy’ Asylum”, *supra* noot 73, 307.

<sup>102</sup> H. BATTJES, *European Asylum Law and International Law*, *supra* noot 78, 467.

<sup>103</sup> Zie art. 31 (1) Verdrag van Wenen van 21 maart 1986 inzake het Verdragenrecht tussen staten en Internationale Organisaties, BS 25 december 1993: “Een verdrag moet te goeder trouw worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het verdrag in hun context en in het licht van voorwerp en doel van het verdrag.”

<sup>104</sup> G. GOODWIN-GILL, “The Principles of International Refugee Law”, *supra* noot 24, 18 en 22; R. HOFMANN en T. LÖHR verwijzen naar de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof in de zgn. LaGrand zaak: “... it ruled that the duty incumbent on States to insure that their international obligations be fully respected implies that domestic procedural law must be construed in such a way as to give full effect to the purposes for which the substance rights accorded in an international treaty are intended” (IGH 27 juni 2001, *Duitsland v. Verenigde Staten*, par. 89-91). De auteurs verwijzen ook naar het EHRM, dat evenzeer heeft bevestigd dat internationale verdragen moeten worden geïnterpreteerd op basis van het effectiviteitsbeginsel (EHRM 4 februari 2005, zaaknrs. 46827/99 en 46951/99, *Mamatkulov en Askarov v. Turkije*, par. 123). R. HOFMANN en T. LÖHR, “Introduction to Chapter V: Requirements for Refugee Determination Procedures”, in A. ZIMMERMAN (ed.), *supra* noot 25, 1100.

<sup>105</sup> Note on Determination of Refugee Status under International Instruments, 24 August 1977, *UN Doc. EC/SCP/5*, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68cc04.html>. Zie in dezelfde zin A. ZIMMERMANN en C. MAHLER, “Article 1A, para. 2 Definition of the Term ‘Refugee’”, in A. ZIMMERMANN, *supra* noot 25, 314: “... Article 1A, para. 2 (...), be it only implicitly, requires contracting parties to the 1951 Convention to provide for a procedure (...).”

59. Het wordt evenwel aan Staten overgelaten om te beslissen op welke wijze zij de status van vluchteling zullen bepalen. UNHCR heeft steeds verdedigd dat formele procedures te verkiezen zijn boven informele of *ad hoc* praktijken. Enkel formele procedures garanderen volledig, aldus UNHCR, dat de behandeling van de asielaanvraag niet zal leiden tot refolement.<sup>106</sup> Het belang van dergelijke procedures wordt door Staten erkend<sup>107</sup> en in de praktijk hanteren vele Staten inderdaad een asielprocedure om aan hun inhoudelijke verplichtingen onder het VN-Vluchtelingenverdrag te kunnen voldoen.

60. Aan deze procedures worden inhoudelijke eisen gesteld: de bepaling van de vluchtelingenstatus dient op een eerlijke en doeltreffende wijze te gebeuren en daartoe werden minimumstandaarden ontwikkeld. *Soft law*-instrumenten, zoals aanbevelingen van het uitvoerende comité van UNHCR (1977)<sup>108</sup> en van de Raad van Europa (1981),<sup>109</sup> hebben een aantal essentiële procedurele voorwaarden geformuleerd. Ze gaven daarmee een aanzet die, althans in Europa, later door de rechtspraak en nationale praktijk verder werd aangevuld.

Algemeen genomen kan worden gesteld dat procedures (in Europa) moeten voldoen aan:

- een aantal beginselen voor de behandeling van asielaanvragen, zoals het aanduiden van een (centrale) autoriteit die verantwoordelijk is voor het behandelen van asielaanvragen; de objectieve, onpartijdige, niet-discriminatoire en geïndividualiseerde behandeling van de asielaanvraag; het bezit van geactualiseerde kennis van de landen van oorsprong en het vluchtelingenrecht bij de handelende ambtenaar; vertrouwelijkheid van informatie en een samenwerkingsplicht voor de asielzoeker;
- een aantal vereisten voor de handelende autoriteit, zoals het geven van precieze instructies aan bevoegde ambtenaren (bijvoorbeeld aan de grens) voor het omgaan met asielaanvragen en het respecteren van het non-refolementbeginsel; het informeren van asielzoekers over de asielprocedure en het verloop ervan; het motiveren van een asielbeslissing in rechte en in feiten; het informeren van erkende vluchtelingen over hun rechten en de afgifte van een vluchtelingencertificaat; en het informeren van een recht op beroep;
- een aantal rechten in hoofde van de asielzoeker, zoals het recht op een persoonlijk interview, op tolken, op juridische bijstand, het recht om UNHCR te contacteren, het recht op bewegingsvrijheid, op een schriftelijke en gemotiveerde beslissing, op beroep en een redelijke termijn om in beroep te gaan, alsook de toestemming om in het land te blijven terwijl het beroep hangende is.<sup>110</sup>

61. Ook inzake de toegang tot bescherming is de rechtspraak van het EHRM zeer invloedrijk. Artikel 3 EVRM verplicht nationale overheden tot een nauwgezet onderzoek en zinvolle beoordeling van de beweerde schendingen onder artikel 3 EVRM. In samenhang met artikel 13 EVRM vereist het recht, enerzijds, een rechtsmiddel waardoor een onafhankelijk,

---

<sup>106</sup> Note on Determination of Refugee Status under International Instruments, 24 August 1977, *UN Doc. EC/SCP/5*, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68cc04.html>.

<sup>107</sup> Zie Global Consultations on International Protection/Third Track: Asylum Processes (Fair and Efficient Asylum Procedures), 31 May 2001, *UN Doc. EC/GC/01/12*, par. 5, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3b36f2fca.html>.

<sup>108</sup> Determination of Refugee Status, 12 October 1977, No. 8 (XXVIII), 1977, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68c6e4.html>.

<sup>109</sup> Recommendation No. R (1981) 16 on the Harmonisation of National Procedures Relating to Asylum, 5 November 1981, (1981) 16, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47fd90533.html>.

<sup>110</sup> Zie hierover meer in R. HÖFMANN en T. LÖHR, "Introduction to Chapter V: Requirements for Refugee Determination Procedures", in A. ZIMMERMAN, *Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 1119-1125. Volgens deze auteurs zijn deze eerder Europees regionale standaarden een duidelijke indicatie voor het bepalen van globale standaarden (zie p. 1090). Dit betwijfel ik echter, gezien de specifieke context van de Raad van Europa en de Europese Unie. Gelijkaardige standaarden zijn evenwel terug te vinden in de Verenigde Staten en Canada (het zgn. '*due process*'), zie G. GOODWIN-GILL en J. McADAM, *The Refugee in International Law*, *supra* noot 29, 533-535.



zorgvuldig en nauwkeurig onderzoek moet plaatsvinden van elke grief onder artikel 3 EVRM op grond waarvan ernstige redenen bestaan om te geloven in een risico dat ingaat tegen artikel 3 EVRM bij verwijdering naar het land van herkomst of terugkeer. Anderzijds, vereist het recht dat de vreemdeling toegang heeft tot een rechtsmiddel met een automatisch schorsend effect.<sup>111</sup> De concrete draagwijdte van deze onderzoeksplicht wordt in verder in het proefschrift geanalyseerd.

62. Er werd ook, op vraag van Staten, een Handboek betreffende de procedures en criteria voor de bepaling van de vluchtelingenstatus ontwikkeld, waarin wordt verwezen naar het belang van een persoonlijk interview, het juist beoordelen van de geloofwaardigheid van een asielaanvraag en de kennis over de situatie in de landen van oorsprong.<sup>112</sup>

63. Het geheel van bovenstaande elementen leert dat ditmaal de mensenrechten, rechtsleer, rechtspraak, statenpraktijk en *soft law*-instrumenten het volgende element aanbrengen voor de nadere invulling van het concept 'asiel'. Dit element verduidelijkt hoe de bescherming kan worden toegepast, met name door eerlijke en doeltreffende procedures te hanteren, die toelaten om de persoon die recht heeft op bescherming, in casu de vluchteling, te identificeren.

#### **4. Besluit**

64. Het VN-Vluchtelingenverdrag heeft als internationaal rechtsinstrument drie elementen aangebracht die de asielbescherming invullen en die op dwingende wijze de soevereine bevoegdheid van Staten beperken. Vluchtelingen die voldoen aan de definitie genieten een minimumbescherming onder het non-refoulementbeginsel en kunnen aanspraak maken op een waaier van rechten die de integratie en zelfredzaamheid bevorderen.

De nood aan een procedure die toelaat om vluchtelingen te identificeren maakt op basis van de rechtsleer, *soft law*-instrumenten en de statenpraktijk eveneens een element van die asielbescherming uit. De wijze waarop de procedure plaatsvindt, de toekenning van een verblijfsstatus en de duurzaamheid van de toegekende bescherming, zijn echter elementen die, hoewel ze door de rechtsleer en *soft law*-instrumenten verder worden ingevuld, nog steeds onder de soevereine bevoegdheid van Staten vallen en dan ook verschillend worden ingevuld.

---

<sup>111</sup> EHRM 11 oktober 2011, nr. 46390/09, *Auad v. Bulgarije*, par. 120.

<sup>112</sup> Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, UN Doc. HCR/IP/4/Eng/REV.1, 1979, <http://www.unhcr.org/publ/PUBL/3d58e13b4.pdf>

### C. De invulling van het concept 'asiel' door de EU-wetgeving

65. De bevoegdheid van Staten m.b.t. het verlenen van asiel is dus niet meer zo vrijblijvend en botst hier tegen een aantal grenzen die, in de eerste plaats, vanuit het internationaal recht op dwingende wijze werden opgelegd. Door de rechtsleer, *soft law*-instrumenten en de statenpraktijk werd de draagwijdte van de asielbescherming verder ingevuld, maar het is pas in het unieke kader van de Europese Unie dat een aantal andere elementen van de asielbescherming stevig in de EU-wetgeving verankerd werden. De aanzet daartoe werd gegeven in de Europese Raadsconclusies van Tampere:

*“De Europese Raad bevestigt het belang dat de Unie en haar lidstaten hechten aan de absolute eerbiediging van het recht om asiel te zoeken. Hij is overeengekomen te werken aan de instelling van een gemeenschappelijk Europees asielstelsel dat stoelt op de volledige en niet-restrictieve toepassing van het Verdrag van Genève, en zo te garanderen dat niemand wordt teruggestuurd naar het land van vervolging, dus het beginsel van non-refoulement te handhaven.”*<sup>113</sup>

#### 1. De primaire EU-wetgeving: een ‘asielrecht’ in het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie

66. Het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (hierna: Handvest) maakt sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon expliciet deel uit van het primair Unierecht.<sup>114</sup> Het bevat een artikel 18, getiteld ‘Asielrecht’, dat luidt:

*“Het recht op asiel is gegarandeerd met inachtneming van de voorschriften van het Verdrag van Genève van 28 juli 1951 en het Protocol van 31 januari 1967 betreffende de status van vluchtelingen, en overeenkomstig het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.”*<sup>115</sup>

Het opnemen van een ‘asielrecht’ in het Handvest is opmerkelijk daar het recht op asiel geen bestaande internationale verplichting is onder het VN-Vluchtelingenverdrag noch onder het EVRM.

67. De bewoordingen van dit artikel zijn enigszins vaag omdat niet wordt verduidelijkt wie asiel toekent en wie de gerechtigde is. Tevens lopen de vertalingen van deze bepaling uiteen<sup>116</sup> maar desalniettemin is de rechtsleer eensgezind over het feit dat het ‘asielrecht’ hier moet worden begrepen als een recht in hoofde van het individu en niet als een recht in hoofde van Staten. Uit de context en het doel van het Handvest kan men inderdaad niet anders concluderen. Daarbij moet in herinnering worden gebracht dat, volgens de preambule, het Handvest enkel de volgende rechten bevestigt en zichtbaarder wil maken, met name:

*“de rechten die [...] voortvloeien uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities en internationale verplichtingen van de lidstaten, uit het Verdrag betreffende de Europese Unie en de communautaire verdragen, uit het Europees Verdrag tot*

---

<sup>113</sup> Europese Raad, Raadsconclusies van 15 en 16 oktober 1999, Tampere, Press nr. 200/1/99.

<sup>114</sup> Art. 6 (1) van het Verdrag betreffende de Europese Unie bepaalt: *“De Unie erkent de rechten, vrijheden en beginselen die zijn vastgesteld in het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie van 7 december 2000, als aangepast op 12 december 2007 te Straatsburg, dat dezelfde juridische waarde als de Verdragen heeft”* (Pb.C. 30 maart 2010, afl. 83, 19).

<sup>115</sup> Art. 18 Handvest, Pb.C. 30 maart 2010, afl. 83, 395.

<sup>116</sup> In de Engelstalige en Nederlandstalige versies van artikel 18 wordt gesproken over respectievelijk ‘a right to asylum’ en het ‘recht op asiel’, terwijl Franstalige, Griekse, Italiaanse, Portugese, Roemeense en Spaanse versies eerder spreken over een ‘recht van asiel’. Zie M. GIL-BAZO, “The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Right to Be Granted Asylum in the Union’s Law”, *Refugee Survey Quarterly* 2008, 40-41.

*bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, uit de door de Gemeenschap en de Raad van Europa aangenomen sociale handvesten, alsook uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen en van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.”*

68. Er bestaat daarentegen geen eensgezindheid over wat juist wordt bedoeld met ‘het recht op asiel’. Een eerste stroming in de rechtsleer meent dat dit grondrecht beperkt is tot een louter procedureel recht om asiel aan te vragen.<sup>117</sup> Een tweede stroming in de rechtsleer meent dat het recht op asiel een subjectief materieel recht is.<sup>118</sup> Een deel van de rechtsleer meent tevens dat het ‘recht op asiel’ niet enkel vluchtelingen begunstigt, maar ook van toepassing is op vreemdelingen aan wie subsidiaire of tijdelijke bescherming werd toegekend, of een andere vorm van bescherming op basis van het internationaal recht.<sup>119</sup>

69. Artikel 18 van het Handvest stelt: *“Het recht op asiel wordt gegarandeerd (...) overeenkomstig het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.”* Deze zin herinnert aan de algemene bepalingen m.b.t. de werkingssfeer van het Handvest, nl. het breidt het toepassingsgebied van het recht van de Unie niet verder uit dan de bevoegdheden van de Unie reiken, het schept geen nieuwe bevoegdheden of taken voor de Unie en wijzigt de in de Verdragen omschreven bevoegdheden en taken niet (art. 51 Handvest). Daarenboven moeten rechten die in het Handvest worden erkend en die voorkomen in de bepalingen van de Verdragen, worden uitgeoefend onder de voorwaarden en binnen de grenzen die door deze Verdragen zijn gesteld (art. 52, lid 2, Handvest).

70. De relevante toelichting bij artikel 18 stelt dat de tekst van het artikel is gebaseerd op artikel 63, par. 1 en 2 van het VEG, dat de Unie verplicht het Vluchtelingenverdrag van Genève te eerbiedigen. Dit oud artikel 63 VEG luidde:

*“Binnen een termijn van vijf jaar na de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam neemt de Raad volgens de procedure van artikel 67 de volgende maatregelen aan:*

*1. maatregelen inzake asiel, in overeenstemming met het Verdrag van Genève van 28 juli 1951 en het Protocol van 31 januari 1967 betreffende de status van vluchtelingen en andere desbetreffende verdragen, op de volgende gebieden:*

- a) criteria en instrumenten voor de vaststelling van de lidstaat die verantwoordelijk is voor de behandeling van een asielerzoek dat door een onderdaan van een derde land wordt ingediend in één van de lidstaten;*
- b) minimumnormen voor de opvang van asielzoekers in de lidstaten;*
- c) minimumnormen voor het aanmerken van onderdanen van derde landen als vluchteling;*

---

<sup>117</sup> Zie H. BATTJES, *European Asylum Law and International Law*, supra noot 78, 111-114; GOODWIN-GILL en J. McADAM, *The Refugee in International Law*, supra noot 29, 367-368; S. DA LOMBA, *The Right to Seek Refugee Status in the European Union*, Antwerp, Intersentia, 2004, 9.

<sup>118</sup> M.T. GIL-BAZO, “The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Right to Be Granted Asylum in the Union’s Law”, supra noot 116, 33-52; C. LADEBURGER, “L’apport de la charte dans le domaine des droits civils et politiques”, in J.-Y. CARLIER en O. DE SCHUTTER, *La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne. Son apport à la protection des droits de l’Homme en Europe*, Brussel, Bruylant, 2002, 105-116; J.-Y. CARLIER, “La place des ressortissants de pays tiers dans la Charte”, in J.-Y. CARLIER en O. DE SCHUTTER, *La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne. Son apport à la protection des droits de l’Homme en Europe*, Brussel, Bruylant, 2002, 179-200.

<sup>119</sup> Zie H. BATTJES, *European Asylum Law and International Law*, supra noot 78, 111-114; M. GIL-BAZO, “The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Right to Be Granted Asylum in the Union’s Law”, *Refugee Survey Quarterly* 2008, 33-52; J.-Y. CARLIER, “La place des ressortissants de pays tiers dans la Charte”, in J.-Y. CARLIER en O. DE SCHUTTER, *La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne. Son apport à la protection des droits de l’Homme en Europe*, Brussel, Bruylant, 2002, 179-200; M.E. WIJNKOOP, “Zoeken, genieten, krijgen en/of garanderen. Het recht op asiel nader beschouwd”, *A&MR* 2013, 327-336.

- d) minimumnormen voor de procedures in de lidstaten voor de toekenning of intrekking van de vluchtelingenstatus;
2. maatregelen inzake vluchtelingen en ontheemden op de volgende gebieden:
- a) minimumnormen voor het verlenen van tijdelijke bescherming aan ontheemden uit derde landen die niet naar hun land van oorsprong kunnen terugkeren en voor personen die anderszins internationale bescherming behoeven;
- b) bevordering van een evenwicht tussen de inspanningen van de lidstaten voor de opvang en het dragen van de consequenties van de opvang van vluchtelingen en ontheemden; (...).<sup>120</sup>

Artikel 78 VWEU bepaalt heden:

- “1. De Unie ontwikkelt een gemeenschappelijk beleid inzake asiel, subsidiaire bescherming en tijdelijke bescherming, teneinde iedere onderdaan van een derde land die internationale bescherming behoeft, een passende status te verlenen en de naleving van het beginsel van non-refoulement te garanderen. Dit beleid moet in overeenstemming zijn met het Verdrag van Genève van 28 juli 1951 en het protocol van 31 januari 1967 betreffende de status van vluchtelingen alsmede met de andere toepasselijke verdragen.*
- 2. Voor de toepassing van lid 1 stellen het Europees Parlement en de Raad volgens de gewone wetgevingsprocedure maatregelen vast voor een gemeenschappelijk Europees asielstelsel dat omvat:*
- a) een uniforme asielstatus voor onderdanen van derde landen die in de hele Unie geldt;*
- b) een uniforme subsidiaire-beschermingsstatus voor onderdanen van derde landen die, als zij geen asiel krijgen in de Europese Unie, internationale bescherming behoeven;*
- c) een gemeenschappelijk stelsel voor tijdelijke bescherming van ontheemden in geval van een massale toestroom;*
- d) gemeenschappelijke procedures voor toekenning of intrekking van de uniforme status van asiel of van subsidiaire bescherming;*
- e) criteria en instrumenten voor de vaststelling van de lidstaat die verantwoordelijk is voor de behandeling van een asielverzoek of van een verzoek om subsidiaire bescherming;*
- f) normen betreffende de voorwaarden inzake de opvang van asielzoekers of van aanvragers van subsidiaire bescherming;*
- g) partnerschap en samenwerking met derde landen om de stromen van asielzoekers of aanvragers van subsidiaire of tijdelijke bescherming te beheersen.*
- 3. Indien een of meer lidstaten ten gevolge van een plotselinge toestroom van onderdanen van derde landen in een noodsituatie terechtkomen, kan de Raad op voorstel van de Commissie voorlopige maatregelen ten gunste van de betrokken lidstaat of lidstaten vaststellen. De Raad besluit na raadpleging van het Europees Parlement.”<sup>121</sup>*

71. Uit beide Verdragsbepalingen blijkt dat de gebruikte terminologie niet geheel eenduidig is. Onder de term ‘gemeenschappelijk Europees asielstelsel’ wordt niet enkel de asielstatus begrepen, maar ook de subsidiaire beschermingsstatus en de tijdelijke beschermingsstatus. Als beide Verdragsbepalingen echter nader worden bekeken, dan wordt ‘asiel’ in essentie gebruikt om een duidelijk onderscheid te maken tussen de vluchtelingenstatus, enerzijds, en

<sup>120</sup> Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (geconsolideerde versie na inwerkingtreding Verdrag van Amsterdam), *Pb.C.* 10 november 1997, afl. 340, 202.

<sup>121</sup> Geconsolideerde versie van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, *Pb.C.* 30 maart 2010, afl. 83, 76-77.

de subsidiaire of tijdelijke beschermingsstatus, anderzijds. Zo zijn de maatregelen aangenomen onder artikel 63, lid 1, VEG enkel van toepassing op vluchtelingen. Dit verklaart waarom de juridische grondslag voor zowel de EU-wetgeving inzake subsidiaire bescherming én de tijdelijke bescherming werd gezocht in artikel 63, lid 2, onder a), VEG. Ook in het huidige artikel 78, lid 2, onder a) en b), VWEU komt het verschil dat wordt gemaakt tussen asielstatus en subsidiaire beschermingsstatus zeer goed naar voren.<sup>122</sup> Bovendien, zoals later zal blijken, is de inhoud van de subsidiaire en tijdelijke beschermingsstatus zeer verschillend van de inhoud van de asielstatus. Het kan niet de bedoeling geweest zijn om het ‘asielrecht’ telkens een andere invulling toe te dichten.

Het is tevens hoogst onwaarschijnlijk dat de opstellers van het Handvest de bedoeling hadden om het recht op asiel eveneens van toepassing te verklaren op vreemdelingen die bescherming genieten op basis van andere regelgeving dan het VN Vluchtelingenverdrag. De praktijk van de lidstaten in het toekennen van bescherming op basis van andere regelgeving is zo uiteenlopend en de inhoud van de toegekende bescherming is onderling zo verschillend, dat men niet echt kan spreken over gemeenschappelijke constitutionele tradities op dit domein.<sup>123</sup> Het ‘asielrecht’ zoals dat gegarandeerd wordt in artikel 18 van het Handvest beperkt zich m.i. dus tot vluchtelingen.

72. Hoewel het daartoe de kans had, heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie tot nu toe vermeden om zich uit te spreken over artikel 18 van het Handvest en de mogelijke inhoud en draagwijdte ervan.<sup>124</sup> Er zijn daardoor nog geen aanwijzingen van het Hof met betrekking tot de vraag of artikel 18 Handvest niet meer inhoudt dan louter de relevante EU secundaire asielregelgeving dan wel of het EU asielrecht als een onderscheiden en autonoom concept toch een ruimere draagwijdte en inhoud kent.

Er kan daarom worden geargumenteed dat de verdere concrete omvang van het EU recht op asiel voorlopig minstens moet worden begrepen in het licht van het relevante Unierecht dat aan de grondslag van dit ‘asielrecht’ in het Handvest ligt. Daarvoor dient het secundair EU-asielrecht dat werd aangenomen op basis van het oude en nieuwe Verdrag van nabij te worden bekeken. Het is dus in essentie het secundair EU-asielrecht, als integraal onderdeel van het EU asielrecht, dat momenteel de inhoud en grenzen van dit asielrecht bepaalt en definieert. Zoals artikel 18 van het Handvest zelf stelt, gebeurt dit met inachtnaam van het VN-Vluchtelingenverdrag. Met andere woorden, het VN-Vluchtelingenverdrag geldt als materiële standaard en ondergrens.<sup>125</sup>

---

<sup>122</sup> Interessant hierbij is dat de Engelstalige tekst in art. 78, lid 2, onder b), VWEU zelfs spreekt over “*a uniform status of subsidiary protection for nationals of third countries who, without obtaining European asylum, are in need of international protection*,” en de Franstalige tekst spreekt over “*un statut uniforme de protection subsidiaire pour les ressortissants des pays tiers qui, sans obtenir l’asile européen, ont besoin d’une protection internationale*”.

<sup>123</sup> Zie EUROPEAN MIGRATION NETWORK, *The Different National Practices Concerning Granting of Non-EU Harmonised Protection Statuses*, [http://www.sisekaitse.ee/public/ERV/synthesis\\_reports/0\\_EMN\\_Synthesis\\_Report\\_NonEUharmonised\\_FinalVersion\\_January2011.pdf](http://www.sisekaitse.ee/public/ERV/synthesis_reports/0_EMN_Synthesis_Report_NonEUharmonised_FinalVersion_January2011.pdf), december 2010, 110 p.

<sup>124</sup> HvJ 21 december 2011, C-411/10 en C-493/10, *N.S. e.a. v. Secretary of State for the Home Department*; par. 114. Het Hof sprak zich niet rechtstreeks uit over de vraag of een schending van artikel 18 Handvest een zwaarwegende grond is om een asielzoeker niet aan de verantwoordelijke lidstaat over te dragen. Het Hof oordeelde daarentegen dat de verantwoordelijke lidstaten een asielzoeker niet mogen overdragen aan een andere lidstaat op basis van de Dublin II-verordening, wanneer er zwaarwegende gronden zijn om aan te nemen dat er een reëel risico bestaat op een schending van artikel 4 Handvest (verbod op foltering, onmenselijke en vernederende behandeling). Ditzelfde besluit had het EHRM reeds genomen op basis van artikel 3 EVRM in EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S./België en Griekenland*. Het Hof stelde dat artikel 18 van het Handvest niet tot een ander antwoord kan leiden.

<sup>125</sup> H. BATTJES, *European Asylum Law and International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 114. M. RENEMAN, “Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: mogelijke betekenis voor het vreemdelingenrecht”, *A&MR* 2010, 241.

## **2. De secundaire EU-wetgeving: de elementen van EU-asielbescherming**

73. Het ultieme doel van de secundaire EU-wetgeving inzake asiel is om door harmonisatie bij te dragen tot de creatie van het Gemeenschappelijk Europees Asielstelsel (GEAS) dat ernaar streeft om de bescherming van vluchtelingen in de EU te verzekeren op basis van een volledige en niet-restrictieve toepassing van het VN-Vluchtelingenverdrag, alsook om de secundaire asielstromen in de Europese Unie te beperken.

Hoewel de EU-wetgeving een heel aantal elementen van de asielbescherming heeft geconsolideerd, is de soevereine bevoegdheid van de EU-lidstaten in het verlenen van asiel nog niet helemaal aan banden gelegd. De nu van kracht zijnde EU-asielrichtlijnen voorzien immers enkel in minimumnormen, wat aan de lidstaten nog een zekere beleidsvrijheid geeft.

Hieronder wordt kort overlopen hoe de EU-wetgeving, voornamelijk op basis van minimumnormen, een aantal elementen van de asielbescherming heeft vastgelegd.

### **a. Het bepalen van personen met nood aan asielbescherming**

74. Voorheen werden in de Europese Unie verschillende interpretaties en toepassingen van het VN-Vluchtelingenverdrag door de lidstaten gehanteerd. Uit een vergelijkende studie die CARLIER e.a. ondernamen in 1997 bleek dat de rechtspraak in verschillende EU-lidstaten m.b.t. begrippen zoals ‘sociale groep’ of ‘actor van vervolging’ varieerde.<sup>126</sup> Het harmoniseren van de uiteenlopende interpretaties en toepassingen van het VN-Vluchtelingenverdrag was dan ook een van de doelstellingen onder het Gemeenschappelijk Europees Asielstelsel. Het was niet enkel de bedoeling om secundaire migratiestromen te voorkomen, maar ook om de constitutieve elementen van de vluchtelingendefinitie te verduidelijken en in een eerste wetgevende fase een gemeenschappelijk minimumniveau aan asielbescherming in de EU-lidstaten te garanderen.

75. In dit licht werd Richtlijn 2004/83/EG van 29 april 2004 inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchteling of als persoon die anderszins internationale bescherming behoeft, en de inhoud van de verleende bescherming (hierna: de Kwalificatierichtlijn 2004), aangenomen.<sup>127</sup>

Artikel 2 van de Kwalificatierichtlijn 2004 herneemt de vluchtelingendefinitie van het VN-Vluchtelingenverdrag, dat voor de EU de hoeksteen vormt van het internationale rechtstelsel ter bescherming van vluchtelingen.<sup>128</sup> Het Hof bevestigde:

*“Blijkens de punten 3, 16 en 17 van de considerans van de richtlijn is het verdrag van Genève de hoeksteen van het internationale rechtstelsel ter bescherming van vluchtelingen en zijn de bepalingen van de richtlijn inzake de voorwaarden voor erkenning als vluchteling en de inhoud van de vluchtelingenstatus aangenomen om*

---

<sup>126</sup> J.-Y. CARLIER, D. VANHEULE, K. HULLMANN en C. PENA GALIANO, (eds.), *Who is a Refugee? A Comparative Case Law Study*, Den Haag, Kluwer Law International, 1997, 794p.

<sup>127</sup> Richtl.Raad 2004/83/EG, 29 april 2004 inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchteling of als persoon die anderszins internationale bescherming behoeft, en de inhoud van de verleende bescherming, *Pb.L.* 30 september 2004, afl. 304, 12 e.v. Zie een bespreking van de Kwalificatierichtlijn 2004 in S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 328-340; K. ZWAAN (ed.), *The Qualification Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2007, 164p. ; H. BATTJES, *European Asylum Law and International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 114-116, 219-288; UNHCR, *Asylum in the European Union – A Study of the Implementation of the Qualification Directive*, Brussel, UNHCR, 2007, 123p. Zimmerman, K. HAILBRONNER (ed.), *EU Immigration and Asylum Law: Commentary*, München, C.H. Beck – Hart – Nomos, 2010, 985-1222. Deze richtlijn is niet van toepassing op EU-onderdanen.

<sup>128</sup> Zie overweging nr. 3 Preambule Richtl. 2004/83/EG.

*de bevoegde instanties van de lidstaten te helpen dit verdrag toe te passen op basis van gemeenschappelijke begrippen en criteria.”<sup>129</sup>*

In artikel 78 VWEU wordt benadrukt dat het gemeenschappelijk beleid inzake asiel in overeenstemming moet zijn met het VN-Vluchtelingenverdrag.

Het was echter nodig om tot gemeenschappelijke begrippen te komen ten aanzien van de verschillende constitutieve elementen van de vluchtelingendefinitie. Op basis van de internationale rechtspraak (o.m. van het EHRM), nationale rechtspraak en wetgeving van de EU-lidstaten, alsook het UNHCR-Handboek over procedures en criteria voor het bepalen van de vluchtelingenstatus, werd een compromis bereikt over gemeenschappelijke minimumnormen die o.m. omschrijven wie de actoren van vervolging alsook van bescherming kunnen zijn, hoe de binnenlandse bescherming moet worden begrepen, waaruit daden van vervolging kunnen bestaan, en ook hoe de gronden van vervolging moeten worden begrepen. Daarnaast beschrijft de Kwalificatierichtlijn 2004 de omstandigheden waarin vreemdelingen worden uitgesloten van de vluchtelingenstatus of de omstandigheden waarin vreemdelingen ophouden vluchteling te zijn. Volgens artikel 6 Kwalificatierichtlijn 2004 kunnen actoren van vervolging zijn: de Staat, partijen of organisaties die de Staat of een aanzienlijk deel van zijn grondgebied beheersen, alsook niet-overheidsactoren. Deze harmoniserende interpretatie van actoren van vervolging leidde ertoe dat in een aantal lidstaten de werkingsfeer voor het verlenen van asielbescherming werd uitgebreid en versterkt.<sup>130</sup>

76. Het merendeel van de aangenomen minimumnormen in de Kwalificatierichtlijn 2004 werd al snel te vaag en ambigu bevonden. De Europese Commissie oordeelde op basis van een heel aantal eigen en externe analyses en rapporten m.b.t. de implementatie van de Kwalificatierichtlijn 2004 dat deze minimumnormen niet volledig beantwoordden aan de zich ontwikkelende normen op het gebied van de mensenrechten en vluchtelingenwetgeving, dat ze tot onvoldoende harmonisatie hadden geleid en dat ze een negatief effect hadden op de kwaliteit en de efficiëntie van de besluitvorming inzake asielaanvragen.<sup>131</sup> De Europese Commissie stelde uitdrukkelijk:

*“Substantial differences across the EU in terms of practices, procedures and decision-making processes for granting protection are reflected in the differences in recognition rates between Member States. These differences are also caused by diverging understandings of fundamental rights and of some asylum definitions, which were left deliberately vague in certain EU asylum instruments in order to reach a compromise.”<sup>132</sup>*

Zo werden er, ondanks of als gevolg van de minimumharmonisatie, uiteenlopende interpretaties vastgesteld in de lidstaten, o.m. met betrekking tot de toepassing van de relevante bepalingen inzake actoren van bescherming of binnenlandse bescherming.<sup>133</sup>

---

<sup>129</sup> HvJ, nr. C-175/08, C-176/08, C-178/08 en C-179/08, Abdulla e.a., par. 52.

<sup>130</sup> Dit was onder meer het geval in Frankrijk en Duitsland, waar vóór de inwerkingtreding van de Kwalificatierichtlijn 2004 niet werd aanvaard dat niet-overheidsactoren even goed actoren van vervolging konden zijn. Zie UNHCR, *Asylum in the European Union – A Study of the Implementation of the Qualification Directive*, Brussel, UNHCR, 2007, 9.

<sup>131</sup> Commissie Van De Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als personen die internationale bescherming genieten, en de inhoud van de verleende bescherming (herschikking), 21 oktober 2009, COM(2009) 551 definitief, 3.

<sup>132</sup> Commission Staff working document accompanying the Communication regarding a policy plan on asylum – an integrated approach to protection across the EU, Impact assessment, SEC(2008) 2029/2, 13.

<sup>133</sup> Zie UNHCR, *Asylum in the European Union – A Study of the Implementation of the Qualification Directive*, Brussel, UNHCR, 2007, 10-11, alsook Europese Commissie, Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad over de toepassing van de richtlijn 2004/83/EG van de Raad van 29 april 2004 inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchteling of als persoon die anderszins internationale bescherming behoeft, en de inhoud van de verleende bescherming, 16 juni 2010, COM(2010) 314 definitief, 6-9. Zie ook Annexen 5 en 6 bij Commission Of The European Communities, Annexes accompanying the Impact Assessment for the Proposal of a directive of the European Parliament and of the Council

77. Wat de Europese Commissie voornamelijk stoorde waren de betekenisvolle verschillen in de erkenningbeslissingen tussen de lidstaten, wat de secundaire migratiestromen niet zal doen afnemen.<sup>134</sup> De Europese Commissie lanceerde dan ook een voorstel voor de herschikking van de Kwalificatierichtlijn 2004 met de bedoeling om lacunes in bescherming te voorkomen, om te zorgen voor volledige overeenstemming met het VN-Vluchtelingenverdrag en met de rechtspraak van het EHRM en het HvJ, alsook voor betere (hogere) materiële beschermingsnormen.<sup>135</sup> Na bijna twee jaar onderhandelen werd Richtlijn 2011/95/EU inzake normen voor de erkenning van onderdanen van derde landen of staatlozen als personen die internationale bescherming genieten, voor een uniforme status voor vluchtelingen of voor personen die in aanmerking komen voor subsidiaire bescherming, en voor de inhoud van de verleende bescherming, op 13 december 2011 aangenomen (hierna: Kwalificatierichtlijn 2011).<sup>136</sup> Deze richtlijn diende uiterlijk tegen 21 december 2013 in de nationale wetgeving te worden omgezet.

Het hoofddoel van deze nieuwe Kwalificatierichtlijn 2011 is dan ook, enerzijds, om te verzekeren dat de lidstaten gemeenschappelijke criteria toepassen voor de identificatie van personen die werkelijk bescherming behoeven en, anderzijds, om ervoor te zorgen dat deze personen in alle lidstaten over bepaalde minimumvoordelen kunnen beschikken.<sup>137</sup> Er wordt gestreefd naar een hogere harmonisatiegraad van de regels inzake de verlening en de inhoud van internationale bescherming op basis van hogere normen.<sup>138</sup> De verdere onderlinge aanpassing van de bepalingen inzake de erkenning en de inhoud van de vluchtelingenstatus en de subsidiaire bescherming, dient ertoe om de secundaire migratie te beperken van personen die om internationale bescherming verzoeken tussen de lidstaten, voor zover deze migratie louter door verschillen in wetgeving wordt veroorzaakt.<sup>139</sup>

78. Van belang is dat deze Kwalificatierichtlijn 2011 enkele verbeteringen en verduidelijkingen brengt aan de omschrijving van de constitutieve elementen van het VN-Vluchtelingenverdrag, die de identificatie van personen met nood aan bescherming zullen versnellen en de kwaliteit en efficiëntie van de besluitvorming zullen verbeteren.

Zo verduidelijkt artikel 7 dat bescherming tegen vervolging *alleen* kan worden geboden door de Staat of partijen en organisaties, met inbegrip van internationale organisaties, die de Staat of een aanzienlijk deel van zijn grondgebied beheersen, mits zij bereid én in staat zijn bescherming te bieden. Deze bescherming dient doeltreffend en van niet-tijdelijke aard te

---

on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection and the content of the protection granted, Brussel, 21 oktober 2009, SEC(2009) 1373 final (II part).

<sup>134</sup> Zie bijvoorbeeld Annex 13 bij Commission Of The European Communities, Annexes accompanying the Impact Assessment for the Proposal of a directive of the European Parliament and of the Council on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection and the content of the protection granted, Brussel, 21 oktober 2009, SEC(2009) 1373 final (II part), alsook de conclusie van de Commissie in het Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad over de toepassing van de richtlijn 2004/83/EG van de Raad van 29 april 2004 inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchteling of als persoon die anderszins internationale bescherming behoeft, en de inhoud van de verleende bescherming, 16 juni 2010, COM(2010) 314 definitief, 16.

<sup>135</sup> Commissie Van De Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als personen die internationale bescherming genieten, en de inhoud van de verleende bescherming (herschikking), 21 oktober 2009, COM(2009) 551 definitief.

<sup>136</sup> Richtl.Parl. en Raad nr. 2011/95/EU, 13 december 2011 inzake normen voor de erkenning van onderdanen van derde landen of staatlozen als personen die internationale bescherming genieten, voor een uniforme status voor vluchtelingen of voor personen die in aanmerking komen voor subsidiaire bescherming, en voor de inhoud van de verleende bescherming, *Pb.L.* 20 december 2011, afl. 337, 9.

<sup>137</sup> Overweging nr. 12 Preamble Richtl. 2011/95/EG.

<sup>138</sup> Overweging nr. 10 Preamble Richtl. 2011/95/EG.

<sup>139</sup> Overweging nr. 13 Preamble Richtl. 2011/95/EG.



zijn.<sup>140</sup> Het verduidelijkt ook de voorwaarden op basis waarvan kan worden overwogen of asielzoekers kunnen genieten van bescherming in het land van herkomst of gewoonlijk verblijf. Deze bescherming moet doeltreffend en van niet-tijdelijke aard zijn en de actoren moeten bereid en in staat zijn om bescherming te verlenen.

Verder kan nog worden gewezen op artikel 8 van Kwalificatierichtlijn 2011. In dat artikel wordt verduidelijkt dat de mogelijkheid tot binnenlandse bescherming enkel kan worden toegepast op een asielzoeker die in een deel van het land van herkomst geen gegronde vrees heeft voor vervolging noch een reëel risico op ernstige schade loopt of toegang heeft tot bescherming tegen vervolging of ernstige schade. Daarenboven kan de mogelijkheid tot binnenlandse bescherming enkel worden toegepast indien de asielzoeker op een veilige en wettige manier naar dit deel van het land van herkomst kan reizen en zich toegang kan verschaffen tot dat deel van het land, en indien er redelijkerwijze kan worden verwacht dat hij er zich vestigt. Dit weerspiegelt grotendeels de rechtspraak van het EHRM, zoals uitgesproken in de arresten *Salah Sheekh* en *Sufi en Elmi*.<sup>141</sup> Waar vroeger de rechtspraak van het EHRM enkel stelde dat moest worden nagegaan of een persoon in staat is om zich in het veilige deel van het land van herkomst te vestigen (“*must be able (...) to settle there*”), verduidelijkt de Kwalificatierichtlijn 2011 nu dat moet worden nagegaan of van de betrokken persoon ‘redelijkerwijze’ kan worden verwacht dat hij er zich vestigt. Uit recente rechtspraak blijkt dat het EHRM dezelfde toetsingsdrempel hanteert; er wordt evengoed nagegaan of een interne hervestiging redelijkerwijs mogelijk is (“*he may reasonably relocate*”).<sup>142</sup>

Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie in de zaak C-175/08 kan worden afgeleid dat deze binnenlandse bescherming toegankelijk, daadwerkelijk en niet-tijdelijk dient te zijn.<sup>143</sup> Bij het beoordelen van een binnenlands beschermingsalternatief, moet er rekening worden gehouden worden met de algemene omstandigheden in dat deel van het land. Ook socio-economische en humanitaire factoren in het zogenaamde veilige deel van het desbetreffende land, kunnen relevant zijn bij de beoordeling van het binnenlands beschermingsalternatief in zoverre zij een schending vormen van artikel 3 EVRM en artikel 4 Handvest (‘Verbod van folteringen en van onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen’). Er dient verder ook rekening te worden gehouden met de persoonlijke omstandigheden van de asielzoeker. In de preambule wordt o.m. verduidelijkt dat de asielzoeker daadwerkelijk binnenlandse bescherming dient te krijgen en dat voor niet-begeleide minderjarige asielzoekers de beschikbaarheid van passende zorg en opvang in aanmerking genomen dient te worden bij de beoordeling van de vraag of die bescherming daadwerkelijk aanwezig is.<sup>144</sup> De vroegere mogelijkheid in de Kwalificatierichtlijn 2004 om toepassing te maken van het begrip ‘intern vluchtalternatief’ of ‘binnenlandse bescherming’ ondanks technische belemmeringen die er

---

<sup>140</sup> Deze exhaustieve opsomming stelt daardoor een einde aan de ruime interpretatie van sommige lidstaten waarbij clans en stammen worden beschouwd als potentiële actoren van bescherming, hoewel zij niet dezelfde mogelijkheden hebben als een Staat wat betreft het bieden van bescherming. In andere gevallen worden non-gouvernementele organisaties beschouwd als actoren van bescherming ten aanzien van vrouwen die worden bedreigd met genitale verminking of eerwraak, ondanks het feit dat dergelijke organisaties slechts tijdelijke veiligheid of niet meer dan onderdak kunnen bieden aan slachtoffers van vervolging. Zie Commissie Van De Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als personen die internationale bescherming genieten, en de inhoud van de verleende bescherming (herschikking), 21 oktober 2009, COM(2009) 551 definitief, 6-7.

<sup>141</sup> EHRM 28 juni 2011, nr. 8319/07 en 11449/07, *Sufi en Elmi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 266 en EHRM 11 januari 2007, nr. 1948/04, *Salah Sheekh v. Nederland*, par. 141.

<sup>142</sup> EHRM 27 juni 2013, nr. 72413/10, *M.K.N. v. Zweden*, par. 39. Zie ook volgende zaken uitgesproken door het EHRM op 27 juni 2013: nr. 5089/10, *M.Y.H. e.a. v. Zweden*; nr. 68411/10, *N.A.N.S. v. Zweden*; nr. 68335/10, *N.M.B. v. Zweden*; nr. 71680/10, *A.G.A.M. v. Zweden*; nr. 72686/10, *N.M.Y. e.a. v. Zweden*. EHRM 27 juni 2013, nr. 66523/10, *S.A. v. Zweden*, par. 57-58. Zie ook EHRM 27 juni 2013, nr. 28379/11, *D.N.M. v. Zweden*; EHRM 27 maart 2013, nr. 49341/10, *W.H. v. Zweden*; EHRM 3 april 2014, nr. 68519/10, *A.A.M. v. Zweden*.

<sup>143</sup> HvJ, nr. C-175/08, C-176/08, C-178/08 en C-179/08, *Abdulla e.a.*

<sup>144</sup> Overweging nr. 27 Preambule Richtl. 2011/95/EU.

bestaan om terug te keren naar het land van herkomst<sup>145</sup>, werd geschrapt en de lidstaten worden heden verplicht om nauwkeurige en actuele informatie te verzamelen over de algemene situatie in het land van herkomst of gewoonlijk verblijf.

Artikel 9, lid 3, verduidelijkt dat het ontbreken van bescherming door de Staat tegen daden van niet-overheidsactoren even goed als vervolging kan worden beschouwd, op voorwaarde dat er een verband bestaat tussen het ontbreken van bescherming en een vervolgingsgrond.<sup>146</sup>

Artikel 10, lid 1 (d), verduidelijkt dat inzake ‘sociale groep’ als vervolgingsgrond, er terdege rekening gehouden moet worden met genderaspecten, waaronder genderidentiteit, wanneer moet worden vastgesteld of iemand tot een bepaalde sociale groep behoort of wanneer een kenmerk van een dergelijke groep wordt geïdentificeerd.<sup>147</sup>

Tenslotte worden de gronden voor de beëindiging van de vluchtelingenstatus en de uitzonderingen daarop beter in overeenstemming gebracht met artikel 1C, leden 5 en 6, van het VN-Vluchtelingenverdrag. Artikel 11, lid 3, benadrukt dat de vluchtelingenstatus niet zal worden beëindigd, ook al is er een wijziging in de omstandigheden in verband waarmee de betrokken persoon als vluchteling werd erkend, wanneer er dwingende redenen zijn (bijvoorbeeld een trauma) die voortvloeien uit een vroegere vervolging. De toepassing van het humanitair beginsel uit artikel 1C VN-Vluchtelingenverdrag in artikel 11 van de richtlijn, verzekert daardoor de continuïteit van de asielbescherming wanneer er dwingende redenen zijn die voortvloeien uit een vroegere vervolging.

79. Door deze verduidelijkingen in Kwalificatierichtlijn 2011 zijn nog niet alle uiteenlopende interpretaties verdwenen, noch wordt een volledige harmonisatie bereikt. De keuze voor een methode van ‘herschikking’ heeft tot gevolg dat slechts een aantal vooraf aangeduide onderdelen van de oorspronkelijke Kwalificatierichtlijn werden gewijzigd. Er werd gekozen om niet te raken aan de kernomschrijving van ‘sociale groep’ in artikel 10, waardoor geen einde wordt gemaakt aan de verschillende interpretaties van het begrip ‘sociale groep’ in de lidstaten. Een deel van de lidstaten hanteert een cumulatieve interpretatie van het begrip ‘sociale groep’, zoals die door artikel 10 wordt vooropgesteld. Momenteel combineert artikel 10 twee strekkingen: de strekking die een sociale groep definieert aan de hand van inherente kenmerken en de strekking die de sociale groep definieert aan de hand van sociale perceptie. Om als ‘sociale groep’ te worden aangeduid onder artikel 10, moet de betrokken groep bestaan uit leden die zowel aangeboren kenmerken vertonen én sociaal worden gepercipieerd als afwijkend. Een ander deel van de lidstaten hanteert, op basis van meer gunstige normen, een alternatieve interpretatie van het begrip ‘sociale groep’. Dit houdt in dat de twee strekkingen in artikel 10 los van elkaar wordt gezien en toegepast, zodat een groep als ‘sociale groep’ wordt aangeduid omdat de leden aangeboren kenmerken vertonen of omdat de leden sociaal als afwijkend worden gepercipieerd.<sup>148</sup> Richtlijn 2011/95/EG verwijst naar “normen” i.p.v. “minimumnormen”, en behoudt artikel 3 dat lidstaten toelaat om gunstiger normen vast te stellen of te handhaven ter bepaling van wie als vluchteling in aanmerking komt, mits deze normen verenigbaar zijn met de richtlijn.

---

<sup>145</sup> Art. 8, lid 3, Richtl. 2004/83/EG.

<sup>146</sup> Zie overweging nr. 29 Preambule Richtl. 2011/95/EU.

<sup>147</sup> Zie overweging nr. 30 Preambule Richtl. 2011/95/EU.

<sup>148</sup> Volgens Annex 7 bij Commission Of The European Communities, Annexes accompanying the Impact Assessment for the Proposal of a directive of the European Parliament and of the Council on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection and the content of the protection granted, Brussel, 21 oktober 2009, SEC(2009) 1373 final (II part), passen minstens 12 lidstaten de cumulatieve interpretatie toe en minstens 10 lidstaten een alternatieve interpretatie.

80. Voorts moet worden verwezen naar de rechtspraak van het Hof van Justitie, dat in een aantal arresten eveneens een verdere verduidelijking heeft gegeven over de toepassing van een aantal bepalingen in de Kwalificatierichtlijn 2004 in het licht van het VN-Vluchtelingenverdrag en het Handvest. Volgens het Hof dienen de bepalingen van de Kwalificatierichtlijn 2004 te worden uitgelegd tegen de achtergrond van de algemene systematiek en de doelstelling van de richtlijn, met inachtneming van het Verdrag van Genève en de andere desbetreffende verdragen bedoeld in artikel 63, eerste alinea, punt 1, VEG, thans artikel 78, lid 1, VWEU. Verder moet deze uitlegging geschieden met eerbiediging van de grondrechten en met inachtneming van de beginselen die met name zijn erkend in het Handvest van de Grondrechten.<sup>149</sup> Met name wat betreft het VN Vluchtelingenverdrag heeft het Hof reeds geoordeeld dat de Unie – teneinde uiteenlopende uitleggingen in de toekomst te vermijden – zeker belang bij heeft dat de bepalingen van het VN Vluchtelingenverdrag die zijn overgenomen in het nationale recht en in het Unierecht op eenvormige wijze worden uitgelegd, ongeacht de omstandigheden waaronder zij toepassing moeten vinden.<sup>150</sup> Het Hof heeft zich verder bevoegd verklaard om de bepalingen van het VN Vluchtelingenverdrag uit te leggen waarnaar door de voorschriften van het Unierecht rechtstreeks wordt verwezen.<sup>151</sup> DE BAERE merkt terecht op dat door het gelijkrichten van het Unierecht met het VN Vluchtelingenverdrag, het Hof van Justitie zich in een meer rechtstreekse positie bevindt vis-à-vis het VN Vluchtelingenverdrag. Dit in tegenstelling met het EHRM dat artikel 3 EVRM moet gebruiken als kapstok om zijn rechtspraak inzake asiel en zijn interpretatie van het VN Vluchtelingenverdrag aan op te hangen.<sup>152</sup>

Deze rechtspraak blijft gelden op grond van het beginsel van de continuïteit van de rechtspraak, zolang deze rechtspraak betrekking heeft op bepalingen die door de Kwalificatierichtlijn 2011 niet werden gewijzigd. Bij gebrek aan wijzigingen aan artikel 12 Kwalificatierichtlijn 2011, dat betrekking heeft tot de uitsluitingsgronden, blijft de rechtspraak van het Hof daaromtrent dus onverkort gelden.<sup>153</sup> Hetzelfde geldt voor de rechtspraak van het Hof inzake artikel 9 Kwalificatierichtlijn 2004, met name wat betreft de aantasting van de godsdienstvrijheid als een daad van vervolging<sup>154</sup>, en de rechtspraak van het Hof met betrekking tot de vragen of vreemdelingen met een homoseksuele gerichtheid een specifieke sociale groep vormen in de zin van artikel 10, lid 1, sub d, Kwalificatierichtlijn, of van hen terughoudendheid kan worden verwacht en of de enkele strafbaarstelling van homoseksuele handelingen als zodanig een daad van vervolging vormt in de zin van artikel 9.<sup>155</sup> De rechtspraak van het Hof inzake artikel 11 Kwalificatierichtlijn 2004, met name over de beëindiging van de vluchtelingenstatus wegens gewijzigde omstandigheden, blijft relevant aangezien de inhoud van het begrip 'beëindiging' niet fundamenteel werd gewijzigd door

<sup>149</sup> HvJ 9 november 2010, nr. C-57/09 en C-101/09, *B en D*, pt. 78.

<sup>150</sup> In casu, de uitlegging van artikel 12 Richtl. 2004/83/EG dat een weerspiegeling is van artikel 1 F VN Vluchtelingenverdrag. HvJ 9 november 2010, nr. C-57/09 en C-101/09, *B en D*, pt. 71.

<sup>151</sup> In casu de verwijzing in artikel 12 Richtl. 2004/83/EG naar artikel 1 D VN Vluchtelingenverdrag. HvJ 17 juni 2010, nr. C-31/09, *Bolbol* en HvJ 19 december 2012, C-364/11, *El Kott* e.a.

<sup>152</sup> G. DE BAERE, *The Court of Justice of the EU as a European and International Asylum Court*, Leuven Centre for Global Governance Studies, Working Paper no. 118, 7-8.

<sup>153</sup> Met betrekking tot artikel 1 D van het VN-Vluchtelingenverdrag en artikel 12, lid 1(a), Richtlijn 2004, zie: HvJ 17 juni 2010, nr. C-31/09, *Bolbol* (uitsluiting wegens bescherming door andere VN-organisaties dan UNHCR: een persoon geniet bescherming of bijstand van een andere instelling van de Verenigde Naties dan de Hoge Commissaris van de Verenigde Naties voor de vluchtelingen, wanneer die persoon daadwerkelijk deze bescherming of bijstand heeft ingeroepen) en HvJ 19 december 2012, C-364/11, *El Kott* e.a. (ophouden van bijstand door het UNRWA). Betreffende artikel 1 F VN-Vluchtelingenverdrag en artikel 12, lid 2, Richtl. 2004/83/EG, zie: HvJ 9 november 2010, nr. C-57/09 en C-101/09, *B en D* (uitsluiting wegens betrokkenheid bij terroristische organisatie).

<sup>154</sup> HvJ 5 september 2012, gevoegde zaken C-71/11 en C-99/11, *Y. en Z.*

<sup>155</sup> HvJ 7 november 2013, gevoegde zaken C-199/12, C-200/12 en C-201/12, *X., Y en Z.* Momenteel is hangende de prejudiciële vraag of het Unierecht aan lidstaten beperkingen legt bij hun beoordeling van asielaanvragen die zijn ingediend door een asielzoeker die vreest in zijn land van herkomst te worden vervolgd wegens zijn seksuele gerichtheid, of in andere woorden hoe moet de geloofwaardigheid van een seksuele gerichtheid wel of niet worden beoordeeld. Advocaat-generaal Sharpston formuleerde reeds een conclusie op 17 juli 2014 bij deze gevoegde zaken C-148/13, C-149/13 en C/150/13, waarbij zij uitgebreid refereert naar artikelen 1, 3, 4, 7 en 41 van het Handvest.

Kwalificatierichtlijn 2011.<sup>156</sup> Dit gaat ook op voor de eerdere rechtspraak van het Hof inzake de toepassing van artikel 7 Kwalificatierichtlijn 2004 met betrekking tot de actoren van bescherming, aangezien de Kwalificatierichtlijn 2011 de interpretatie van het Hof inzake artikel 7 lijkt te volgen.<sup>157</sup>

Het Hof verklaarde zich evenwel onbevoegd om artikel 31 van het VN Vluchtelingenverdrag uit te leggen nu dit artikel niet is overgenomen in het Unierecht en het verzoek om een prejudiciële beslissing geen enkele regel van Unierecht die verwijst naar artikel 31 VN Vluchtelingenverdrag vermeldt.<sup>158</sup> Het Hof benadrukt dat het de gevraagde uitlegging van deze bepaling slechts kan geven indien het daartoe krachtens artikel 267 VWEU is gemachtigd, aangezien het Verdrag van Genève geen beding bevat waarbij aan het Hof een bevoegdheid wordt verleend. De bevoegdheid om een prejudiciële uitlegging te geven betreft enkel rechtsvoorschriften die tot het Unierecht behoren. Wat internationale verdragen betreft, staat vast dat de door de Europese Unie gesloten verdragen een integrerend bestanddeel van de rechtsorde van de Unie vormen en dus het voorwerp van een prejudiciële procedure kunnen uitmaken. Het Hof is daarentegen in beginsel niet bevoegd om in het kader van een prejudiciële procedure internationale verdragen tussen lidstaten en derde Staten uit te leggen, zoals *in casu* het VN Vluchtelingenverdrag. Het is slechts wanneer en voor zover de Unie de bevoegdheden heeft overgenomen die de lidstaten voorheen binnen de werkingssfeer van een niet door de Unie gesloten internationaal verdrag hebben uitgeoefend en bijgevolg door de bepalingen van dit verdrag gebonden is, dat het Hof bevoegd is om een dergelijk verdrag uit te leggen. In het kader van de invoering van een gemeenschappelijk Europees asielstelsel zijn weliswaar verschillende teksten van Unierecht vastgesteld die binnen de werkingssfeer van het Verdrag van Genève vallen, maar het staat vast dat de lidstaten bepaalde binnen deze werkingssfeer vallende bevoegdheden hebben behouden, met name wat de in artikel 31 van dat verdrag bedoelde materie betreft. Derhalve kan het Hof niet bevoegd zijn om artikel 31 of gelijk welk ander artikel van dat verdrag rechtstreeks uit te leggen. Aan die vaststelling dat het Hof onbevoegd is, wordt niet afgedaan door het feit dat artikel 78 VWEU preciseert dat het gemeenschappelijk asielbeleid in overeenstemming moet zijn met het Verdrag van Genève, noch door het feit dat artikel 18 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie beklemtoont dat het recht op asiel wordt gegarandeerd met inachtneming van dit verdrag en het protocol betreffende de status van vluchtelingen van 31 januari 1967.

Elders wordt geargumenteed dat de herziene Opvangrichtlijn en de Dublin III-verordening in hun preambules een verwijzing bevatten naar artikel 31 van het VN Vluchtelingenverdrag en dat ook de Schengengrenscode zulke verwijzingen bevat, zodat er voldoende kapstokken aanwezig zijn in het Unierecht voor het Hof om zich toch te buigen over de interpretatie van artikel 31 van het VN Vluchtelingenverdrag.<sup>159</sup>

---

<sup>156</sup> HvJ 2 maart 2010, nr. C-175/08, C-176/08, C-178/08 en C-179/08, *Abdulla e.a.*

<sup>157</sup> HvJ 2 maart 2010, nr. C-175/08, C-176/08, C-178/08 en C-179/08, *Abdulla e.a.*, par. 74-75: Het Hof gaf aan dat de aanwezigheid van een multinationale troepenmacht op het grondgebied van een derde land kan worden begrepen als bescherming geboden door internationale organisaties zoals omschreven in artikel 7 Richtl. 2004/83/EG.

<sup>158</sup> HvJ 17 juli 2014, C-481/13, *Qurbani*.

<sup>159</sup> <http://eulawanalysis.blogspot.be/2014/07/penalising-refugees-when-should-cjeu.html>

*b. De invulling van de inhoud van asielbescherming*

81. Vreemdelingen die beantwoorden aan de relevante criteria worden als vluchtelingen erkend en dit leidt naar de verlening van de vluchtelingenstatus (art. 13). Vluchtelingen worden in de eerste plaats beschermd tegen refoulement. Dit non-refoulementbeginsel is in artikel 21 Kwalificatierichtlijn 2004 gewaarborgd, maar is ook gewaarborgd op basis van artikel 3 EVRM<sup>160</sup> en artikelen 4 en 19, lid 2, van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.<sup>161</sup>

De Kwalificatierichtlijn 2004 voorziet een ruimere inhoud van bescherming. Aan het verlenen van een passende status, met name de vluchtelingenstatus, wordt ook de afgifte van een verblijfsvergunning verbonden, die tenminste drie jaar geldig is en die kan worden verlengd tenzij dwingende redenen van nationale veiligheid of openbare orde zich daartegen verzetten (art. 24, lid 1). De afgifte van deze verblijfsvergunning moet worden gezien als het formaliseren van een voorlopig recht om te blijven (*right to remain*) dat voortvloeit uit het non-refoulementbeginsel (art. 21).

Deze drie elementen, nl. de erkenning en de verlening van de vluchtelingenstatus alsook de afgifte van een verblijfsvergunning, maken dat de vluchteling regelmatig verblijft op het grondgebied en dus gerechtigd is op alle rechten en voordelen die het VN-Vluchtelingenverdrag bevat. De Kwalificatierichtlijn 2004 herneemt daarvan een aantal belangrijke socio-economische rechten die de integratie en zelfredzaamheid van de vluchteling bevorderen, onder meer die met betrekking tot de afgifte van reisdocumenten, tenzij redenen van nationale veiligheid of openbare orde zich daartegen verzetten (art. 25), die van de onmiddellijke toegang tot werk als werknemer of zelfstandige en tot voorzieningen zoals werkgebonden onderwijs (art. 26) of de toegang tot onderwijs, inclusief de erkenning van buitenlandse diploma's (art. 27), die van een gekwalificeerd recht op bewegingsvrijheid binnen de ontvangende lidstaat (art. 32), de gelijke toegang tot de sociale bijstand en gezondheidszorg, net zoals de onderdanen van de ontvangende lidstaat (art. 28 en 29) en de gelijke toegang tot huisvesting, net zoals de onderdanen uit derde landen (art. 31).

Andere rechten of voordelen die in het VN-Vluchtelingenverdrag worden voorzien, worden in de richtlijn niet behandeld, zoals het recht op godsdienstvrijheid. Dit ondermijnt de internationale verplichtingen van lidstaten die uit het Vluchtelingenverdrag voortvloeien evenwel niet (art. 20, lid 1). Tenslotte voorziet de richtlijn ook in rechten die geen deel uitmaken van het Vluchtelingenverdrag, zoals de toegang tot integratiefaciliteiten (art. 33).

Artikel 23 Kwalificatierichtlijn 2004 waarborgt de instandhouding van het gezin en richtlijn 2003/86/EG inzake het recht op gezinshereniging (hierna: de Gezinsherenigingsrichtlijn) is ook van toepassing op erkende vluchtelingen.<sup>162</sup> De gezinsleden<sup>163</sup> van vluchtelingen, die zelf

---

<sup>160</sup> Art. 3 EVRM en art. 19, lid 2, Handvest geven een bredere invulling aan het non-refoulementbeginsel in vergelijking met art. 33 VN-Vluchtelingenverdrag, zoals later zal worden besproken.

<sup>161</sup> Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, *Pb.C.* 30 maart 2010, afl. 83, 395. Hierbij moet worden gespecificeerd dat het non-refoulementbeginsel in artikel 19, lid 2 enkel van toepassing is zolang het Unierecht ten uitvoer wordt gebracht. Zie art. 51, lid 1, Handvest.

<sup>162</sup> Richtl.Raad nr. 2003/86/EG, 22 september 2003 inzake het recht op gezinshereniging, *Pb.L.* 3 oktober 2003, afl. 251, 12 e.v.

<sup>163</sup> Gezinsleden worden in art. 2 (h) Richtl. 2004/83/EG als volgt gedefinieerd:

*"Voorzover het gezin reeds bestond in het land van herkomst, de volgende leden van het gezin van de persoon aan wie de vluchtelingenstatus of de subsidiaire-beschermingsstatus is verleend die in verband met het verzoek om internationale bescherming in dezelfde lidstaat aanwezig zijn:*

*— de echtgenoot van de persoon aan wie de vluchtelingenstatus of de subsidiaire-beschermingsstatus is verleend of diens niet-gehuwde partner met wie hij een duurzame relatie onderhoudt, indien de wetgeving of de praktijk van de betrokken lidstaat ongehuwde paren krachtens zijn Vreemdelingenwetgeving op een vergelijkbare wijze behandelt als gehuwde paren;*

niet in aanmerking komen voor de vluchtelingenstatus, kunnen tevens aanspraak maken op dezelfde verblijfstitel, die evenwel minder dan drie jaar geldig en verlengbaar kan zijn (art. 24, lid 1), en op dezelfde socio-economische rechten als de persoon met de vluchtelingenstatus die zij vervoegen, overeenkomstig nationale procedures en voor zover dit verenigbaar is met de persoonlijke juridische status van het gezinslid (art. 23, lid 2). Artikel 23 vermeldt tenslotte dat de daarin vermelde rechten niet van toepassing zijn wanneer het gezinslid van de vluchtelingenstatus werd uitgesloten, alsook dat deze ingetrokken of beperkt kunnen worden om redenen van nationale veiligheid of openbare orde.

Belangrijk om te vermelden is dat erkende vluchtelingen en hun gezinsleden in de Europese Unie tevens genieten van de bescherming inzake de mensenrechten zoals gewaarborgd door het EVRM, enerzijds, en het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, anderzijds. In het kader van het weigeren of beperken van socio-economische rechten wegens uitsluiting of redenen van openbare orde of nationale veiligheid, is het van belang rekening te houden met de rechtspraak inzake artikel 3 EVRM, met name dat een Staat niet onverschillig en nalatig mag zijn t.a.v. een vreemdeling die niet in de mogelijkheid is om te voorzien in de meest elementaire levensbehoeften, zoals voedsel, hygiëne en huisvesting, en die zich daardoor in een situatie van ernstige ontbering en extreme armoede bevindt.<sup>164</sup>

Tenslotte wordt ook een individuele beoordeling gevraagd van de specifieke situatie van kwetsbare personen en hun bijzondere behoeften (art. 20, leden 3 en 4), alsook specifieke maatregelen voor niet-begeleide minderjarigen, onder meer door de aanstelling van een wettelijke voogd en het voorzien van passende zorg voor deze kinderen (art. 31).

De mogelijkheid is voorzien voor lidstaten om de voornoemde voorzieningen, binnen de beperkingen die het VN-Vluchtelingenverdrag oplegt, te beperken voor vluchtelingen die hun vluchtelingenstatus hebben verkregen op basis van activiteiten die uitsluitend of in hoofdzaak tot doel hadden de nodige voorwaarden te scheppen om als vluchteling te worden erkend (art. 20, lid 6).

82. De herziening van de Kwalificatierichtlijn 2004, met name de aanneming van Kwalificatierichtlijn 2011, heeft niet veel gewijzigd aan de inhoud van de bescherming verleend aan vluchtelingen. De titel van deze richtlijn verwijst naar een ‘uniforme status voor vluchtelingen’, maar er wordt niet verder aangevuld noch wordt er verduidelijkt wat in artikel 78, lid 2 a) wordt bedoeld met “*een uniforme asielsstatus voor onderdanen van derde landen die in de hele Unie geldt.*”<sup>165</sup> Voorts vermeldt artikel 3 Kwalificatierichtlijn 2011 dat lidstaten ook ter bepaling van de inhoud van de internationale bescherming gunstiger normen kunnen vaststellen of handhaven indien deze met de richtlijn verenigbaar zijn.<sup>166</sup>

---

— de minderjarige kinderen van de bij het eerste gedachtestreepje bedoelde paren of de persoon aan wie de vluchtelingenstatus of de subsidiaire-beschermingsstatus is verleend, mits zij ongehuwd zijn en ten laste komen, ongeacht de vraag of zij naar nationaal recht wettige, buitenechtelijke of geadopteerde kinderen zijn.”

Paragraaf 5 van artikel 23 uit de Richtl. 2004/83/EG verduidelijkt dat lidstaten kunnen besluiten dat dit artikel ook geldt voor andere naaste verwanten die ten tijde van het vertrek uit het land van herkomst deel uitmaakten van het gezin van de persoon aan wie de vluchtelingenstatus of de subsidiaire beschermingsstatus is verleend, en die op dat tijdstip volledig of grotendeels te zijnen laste kwamen. In die lijn stipuleert artikel 10, lid 2, van Richtl. 2003/86/EG dat de lidstaten de gezinshereniging kunnen toestaan van andere gezinsleden die ten laste komen van een vluchteling.

<sup>164</sup> Zie EHRM, 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. Griekenland en België*, dat in Hoofdstuk 1 van Deel 1 wordt besproken.

<sup>165</sup> Zie hierover S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, supra noot 127, 310-311. Wellicht wordt hier gealludeerd naar de mogelijkheid tot overdracht van de bescherming door de vluchtelingenstatus.

<sup>166</sup> Zie in die zin HvJ 9 november 2010, nr. C-57/09 en C-101/09, *B en D*, par. 113-121, waarin het Hof stelde dat artikel 3 Richtl. 2004/83/EG verhindert dat de in die richtlijn bepaalde vluchtelingenstatus wordt toegekend aan een persoon die op grond van artikel 12 van die status is uitgesloten. Evenwel kan op basis van nationale normen een andere, nationale beschermingsstatus worden verleend indien er een duidelijk onderscheid is tussen de andere, nationale bescherming en de bescherming verleend uit hoofde van deze richtlijn, m.n. de vluchtelingenstatus.

Kwalificatierichtlijn 2011 benadrukt dat personen die internationale bescherming genieten zo vlug mogelijk na de verlening van de beschermingsstatus toegang dienen te hebben tot informatie betreffende de rechten en plichten die verband houden met hun status in een taal die zij begrijpen of redelijkerwijs geacht kunnen worden te begrijpen (art. 20).

Kwalificatierichtlijn 2011 hanteert een ruimere definitie van ‘gezinsleden’, waarbij rekening moet worden gehouden met de verschillende vormen van afhankelijkheid en bijzondere aandacht moet worden besteed aan het belang van het kind.<sup>167</sup> Minderjarige kinderen dienen daardoor niet meer aan te tonen dat ze ‘ten laste zijn’ (art. 2 j). Voorts werd de definitie ook uitgebreid naar de ouder of een andere volwassene die verantwoordelijk is voor een minderjarige vluchteling.

Er wordt voorzien in een betere toegang tot een werkgebonden onderwijsaanbod voor volwassenen en een beroepsopleiding, alsook in een betere toegang tot procedures voor de erkenning van officiële kwalificaties of eerdere scholing (art. 26 en 28). Er is ook sprake van een verbeterde toegang tot huisvesting op basis van een antidiscriminatiebeleid en een verbeterde toegang tot integratievoorzieningen waarbij de specifieke behoeften van vluchtelingen in rekening worden gebracht (art. 32 en 34). Tenslotte werden de mogelijkheden geschrapt om de inhoud van de verleende bescherming te beperken voor vluchtelingen die hun vluchtelingenstatus opzettelijk in de hand hebben gewerkt, d.w.z. die personen die de vluchtelingenstatus hebben verkregen op basis van activiteiten die uitsluitend of in hoofdzaak tot doel hadden de nodige voorwaarden te scheppen om als vluchtelingen te worden erkend.

Slachtoffers van mensenhandel en personen die lijden aan een geestelijke ziekte worden eveneens erkend als kwetsbare personen met wiens specifieke situatie lidstaten rekening moeten houden (art. 20, lid 3) en lidstaten worden aangespoord om t.a.v. niet-begeleide minderjarigen zo snel mogelijk te starten met de opsporing van hun gezinsleden (art. 31).

83. In de Kwalificatierichtlijn 2004 wordt het aspect van ‘duurzame bescherming’ niet besproken, en eerder ligt de focus op de bescherming van de belangen van de ontvangende Staat. PEERS stelt vast dat de vrij ruime inhoud van de verleende bescherming, zoals hierboven beschreven, werd gecombineerd met strenge en strikte uitsluitings- en beëindigingsclausules (artikelen 11 en 12), die volgens de rechtsleer en UNHCR niet steeds conform het VN-Vluchtelingenverdrag zijn.<sup>168</sup>

Zoals eerder vermeld voorziet de Kwalificatierichtlijn 2004 wel in de afgifte van een verblijfstitel die tenminste drie jaar geldig is en die kan worden verlengd tenzij dwingende redenen van nationale veiligheid of openbare orde zich daartegen verzetten (art. 24). De richtlijn zegt niets over de afgifte van een meer permanente verblijfstitel na een bepaalde termijn en laat dit aan de soevereine bevoegdheid van de lidstaat over.<sup>169</sup> De focus op de bescherming van de ontvangende Staat uit zich in de verschillende mogelijkheden om de vluchtelingenstatus (op bindende wijze) in te trekken, te beëindigen of een verlenging ervan te weigeren, o.m. wegens een verbetering van de situatie in het land van oorsprong, het toepassen van uitsluitingsclausules *post facto* of fraude die achteraf werd ontdekt (art. 14, leden 1-3). Lidstaten kunnen weigeren een status te verlenen of kunnen de verleende status

<sup>167</sup> Preamble overweging nr. 19 Richtl. 2011/95/EU.

<sup>168</sup> S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, supra noot 127, 339; UNHCR, Annotated Comments on the EC Council Directive, 2004/83/EC, januari 2005, <http://www.unhcr.org>.

<sup>169</sup> Volgens BATTJES wordt dit op indirecte wijze wel geïmpliceerd door de EU-wetgeving en hij verwijst naar art. 3 (1) Gezinsherenigingsrichtlijn die van toepassing is op een erkende vluchteling waarvan wordt gesteld dat hij “*reden heeft om te verwachten dat hem een permanent verblijfsrecht zal worden toegekend.*” *European Asylum Law and International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 475.

intrekken, beëindigen of een verlenging ervan weigeren wanneer er goede redenen zijn om aan te nemen dat de vluchteling een gevaar voor de veiligheid van de lidstaat vormt of wanneer de vluchteling definitief is veroordeeld voor een bijzonder ernstig misdrijf en daardoor een gevaar vormt voor de gemeenschap van die lidstaat (art. 14, leden 4 en 5). Hoewel de richtlijn hierover niets zegt, kunnen lidstaten in alle bovenstaande gevallen nog steeds soeverein beslissen om eveneens de daarbij horende verblijfstitels in te trekken. Hun enige verplichting is die t.a.v. het non-refoulementbeginsel (art. 21, lid 1).

Wanneer de status niet wordt verleend of wordt ingetrokken, beëindigd of niet verlengd wordt wegens gevaar voor de veiligheid van de lidstaat of wegens een gevaar voor de gemeenschap van die lidstaat omwille van een definitieve veroordeling voor een bijzonder ernstig misdrijf, dan genieten deze vreemdelingen toch nog wel een zekere minimumbescherming op basis van rechten die zijn vastgelegd in het VN-Vluchtelingenverdrag, met name de artikelen 3 (non-discriminatie), 4 (godsdienstvrijheid), 16 (rechtsingang), 22 (openbaar onderwijs), 31, 32 en 33 (beperkingen inzake uitzetting en refoulement) of daarmee vergelijkbare rechten, voor zover ze in de ontvangende lidstaat bestaan (art. 14, lid 6).<sup>170</sup> Vreemdelingen, daarentegen, die worden uitgesloten van de vluchtelingenstatus, al dan niet *post facto*, genieten van de bescherming tegen refoulement (art. 21, lid 1), maar de Kwalificatierichtlijn 2004 voorziet niet meer dan dat. Kwalificatierichtlijn 2011 handhaaft dezelfde bepalingen.

Niettemin mogen lidstaten, wanneer dit het non-refoulementbeginsel niet schendt, een al dan niet formeel erkende vluchteling uitzetten of terugleiden wanneer, ofwel, redelijkerwijs kan worden aangenomen dat hij een gevaar vormt voor de veiligheid van de lidstaat waar hij zich bevindt; ofwel wanneer hij een gevaar vormt voor de samenleving van die lidstaat, omdat hij definitief veroordeeld is voor een bijzonder ernstig misdrijf. Hier specificeert de richtlijn wel dat lidstaten de verblijfstitel van de vluchteling mogen intrekken, beëindigen of weigeren te verlengen of te verstrekken (art. 21, leden 2 en 3).

84. Door een uitbreiding van de personele werkingssfeer van de oorspronkelijke Richtlijn 2003/109/EG van de Raad van 25 november 2003 betreffende de status van langdurig ingezetenen onderdanen van derde landen<sup>171</sup>, komen vluchtelingen nu ook in aanmerking voor de Europese status van 'langdurig ingezetene'.<sup>172</sup> Met deze uitbreiding wil de richtlijn zich opwerpen als een instrument voor de volle integratie van vluchtelingen in hun 'gastland'. Volgens overweging 2 in de preambule van de huidige Kwalificatierichtlijn 2011 is het immers van belang voor de volledige integratie van personen met internationale bescherming, waaronder vluchtelingen, dat zij in de lidstaat van verblijf na verloop van tijd uitzicht hebben op het verkrijgen van de status van langdurig ingezetene in de lidstaat.

Om in aanmerking te komen voor de status van langdurig ingezetene wordt vereist dat de vluchteling vijf jaar legaal en ononderbroken op het grondgebied van de EU-lidstaat heeft verbleven. Deze periode van vijf jaar wordt voor een vluchteling als volgt berekend: tenminste de helft van de periode tussen de indiening van de asielaanvraag en de afgifte van de verblijfsvergunning, of de gehele periode indien die 18 maanden overschrijdt, wordt in rekening genomen voor de berekening van de periode van vijf jaar (art. 4, lid 2 b).

---

<sup>170</sup> Dit wil zeggen dat deze vreemdelingen wel andere rechten bepaald in het VN-Vluchtelingenverdrag verliezen, zoals de bescherming van hun eigendom (art. 13), het recht van vereniging (art. 15), de toegang tot loonarbeid (art. 17) en zelfstandige beroepen (art. 18), huisvesting (art. 18), ondersteuning van overheidswege (art. 23), sociale zekerheid (art. 24), bewegingsvrijheid (art. 26) en reisdocumenten (art. 28).

<sup>171</sup> Richtl. Raad nr. 2003/109/EG, 25 november 2003 betreffende de status van langdurig ingezetenen onderdanen van derde landen, *Pb.L.* 23 januari 2004, afl. 16, 44.

<sup>172</sup> Richtl. Parl en Raad nr. 2011/51/EU, 11 mei 2011 tot wijziging van Richtl. Raad 2003/109/EG, teneinde haar werkingssfeer uit te breiden tot personen die internationale bescherming genieten, *Pb.L.* 19 mei 2011, afl. 132, 1.



Door deze status geniet de vluchteling over een aantal rechten, zoals:

- onder bepaalde voorwaarden: gelijkheid van behandeling met nationale onderdanen in economische en sociale zaken, zoals onderwijs, toegang tot de arbeidsmarkt, arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden, sociale bescherming (bijvoorbeeld pensioen) en sociale bijstand (bijvoorbeeld leefloon) in de lidstaat van verblijf (art. 11);
- het recht op vrij verkeer in de Europese Unie alsook het recht op vestiging in een andere EU-lidstaat (art. 14).

Deze status van langdurig ingezetene wordt daardoor een effectief instrument voor de integratie van vluchtelingen in de EU.

Personen aan wie de status van langdurig ingezetene is toegekend, genieten bovendien van extra bescherming tegen iedere beslissing tot uitzetting (art.12), hoewel er ook nog mogelijkheden blijven om de status van langdurig ingezetene in te trekken, met name wanneer de vreemdeling een actuele en voldoende ernstige bedreiging vormt voor de openbare orde of de binnenlandse veiligheid. Voor vluchtelingen moet wel rekening worden gehouden met het non-refoulementbeginsel (art. 12, lid 6). De status van langdurig ingezetene gaat niet noodzakelijk gepaard met de afgifte van een permanente verblijfsstatus. De beslissingsbevoegdheid daarover blijft nog steeds in handen van de lidstaten. Deze status wordt enkel toegekend op basis van de duur van het verblijf, niet op basis van de duurzaamheid van het verblijf. Tenslotte moet worden opgemerkt dat het toekennen van een nationaliteit de exclusieve bevoegdheid is van de lidstaten. Zoals het Hof herhaaldelijk heeft opgemerkt, moet de hoedanigheid van burger van de Unie de primaire hoedanigheid van de onderdanen van de lidstaten zijn.<sup>173</sup>

### *c. De toegang tot bescherming door het instellen van een asielprocedure*

85. In de Europese Unie hanteren alle EU-lidstaten geïndividualiseerde asielprocedures die toelaten om vluchtelingen te identificeren en hun nood aan bescherming te onderzoeken. Deze dienen in overeenstemming te zijn met Richtlijn 2005/85/EG, die minimumnormen neerlegt voor de procedures in de lidstaten voor de toekenning of intrekking van de vluchtelingenstatus (hierna: Asielprocedurerichtlijn 2005).<sup>174</sup> Dit instrument maakt deel uit van de eerste wetgevende fase die op basis van een minimum harmonisatie moet bijdragen tot de ontwikkeling van het Gemeenschappelijk Europees asielstelsel.

86. De preambule geeft aan eerlijke en doeltreffende procedures na te streven die gestoeld zijn op een volledige en niet-restrictieve toepassing van het VN-Vluchtelingenverdrag. De richtlijn is van toepassing op elke asielaanvraag die wordt gemaakt aan de grens of op het grondgebied van een lidstaat (art. 3, lid 1). Ook hier mogen lidstaten gunstiger normen hanteren, voor zover ze verenigbaar zijn met de richtlijn (art. 5). Zo voorziet de richtlijn een aantal waarborgen met betrekking tot de behandeling van asielaanvragen. In de eerste plaats dient de toegang tot de procedure te worden verzekerd (art. 6) en de asielzoeker heeft het recht om gedurende de behandeling van zijn asielaanvraag in de lidstaat te blijven (art. 7).

De richtlijn geeft de asielzoeker o.m. het recht op een individuele behandeling van zijn asielaanvraag op basis van een deugdelijk onderzoek. Dit onderzoek moet aan een aantal

---

<sup>173</sup> HvJ 2 maart 2010, C-135/08, *Rottmann*, par. 43.

<sup>174</sup> Richtl.Raad nr. 2005/85/EG, 1 december 2005 betreffende minimumnormen voor de procedures in de lidstaten voor de toekenning of intrekking van de vluchtelingenstatus, *Pb.L.* 13 december 2005, afl. 326, 13. Zie meer over de moeilijke onderhandelingen m.b.t. deze richtlijn in D. ACKERS, "The Negotiations on the Asylum Procedures Directive", *EJML* 2005, 1-33 en M. MICHELOGIANNAKI, "The Negotiations of Directive 2005/85/EC", in K. ZWAAN(ed.), *The Procedures Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2008, 21-26.

vereisten voldoen, zoals de nood aan nauwkeurige en actuele informatie over het land van herkomst of gewoonlijk verblijf, de verplichting om asielaanvragen individueel, objectief en onpartijdig te onderzoeken en de nood aan dossierbehandelaars die over de passende expertise beschikken (art. 8). Asielzoekers beschikken over een aantal waarborgen, zoals het schriftelijk ontvangen van beslissingen; het recht op een motivering, in feite en in rechte, van een negatieve beslissing; het recht om te worden geïnformeerd over de procedure in een taal die ze redelijkerwijze kunnen begrijpen en het recht op een tolk (art. 8 en 9). De asielzoeker heeft recht op een persoonlijk onderhoud, behoudens uitzonderingen, en dit onderhoud dient aan een aantal vereisten te voldoen (art. 12, 13 en 14). Er is een recht op rechtsbijstand en vertegenwoordiging, behoudens uitzonderingen (art. 15 en 16).

Voor niet-begeleide minderjarigen worden eveneens waarborgen voorzien, zoals de aanstelling van een vertegenwoordiger (art. 17). Er wordt bepaald wanneer een asielverzoek uitdrukkelijk of impliciet als ingetrokken kan worden beschouwd (art. 19 en 20).

De richtlijn voorziet procedures in eerste aanleg en beroepsprocedures, waarbij het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel bij een rechterlijke instantie wordt gewaarborgd. Tijdens de procedures in eerste aanleg is er de mogelijkheid om gebruik te maken van versnelde procedures (art. 23, lid 4). Er wordt nader bepaald wanneer asielaanvragen onontvankelijk kunnen worden verklaard (art. 25) of ongegrond (art. 28). Anderzijds laat de richtlijn toe dat van deze waarborgen kan worden afgeweken bij de toepassing van grensprocedures, bij herhaalde asielaanvragen of wanneer de asielzoeker binnengereisd is via een zgn. Europees veilig derde land (art. 24). De richtlijn omschrijft de gebruikte concepten zoals ‘eerste land van asiel’ (art. 26), ‘veilige derde land’ (art. 27) en ‘veilig land van herkomst’ (art. 31).<sup>175</sup>

Inzake beroepsprocedures bij een rechterlijke instantie is de richtlijn stilzwijgend over het schorsend effect van het daadwerkelijk rechtsmiddel (art. 39).<sup>176</sup>

---

<sup>175</sup> Art. 29, leden 1 en 2 en art. 36, lid 3, Richtl. 2005/85/EG zijn beide bepalingen die voorzien in de mogelijkheid om gemeenschappelijke lijsten op te stellen inzake veilige landen van herkomst en Europese veilige derde landen, en zij werden door het HvJ geannuleerd omdat niet werd voorzien in een codicisieprocedure met het Europees Parlement. Zie HvJ 6 mei 2008, nr. C-133/06, *Europees Parlement v. Raad van de Europese Unie*.

<sup>176</sup> In het bijzonder laat art. 39, lid 3, Procedurerichtlijn het aan de lidstaten over om, overeenkomstig hun internationale verplichtingen, te beslissen of het rechtsmiddel tot gevolg heeft dat asielzoekers in afwachting van de uitkomst in de betrokken lidstaat mogen blijven (schorsend effect). RENEMAN argumenteert evenwel dat de discretionaire bevoegdheid van lidstaten inzake het schorsend effect van het rechtsmiddel door het effectiviteitsbeginsel en het recht op effectieve rechtsbescherming neergelegd in art. 47 Handvest en de rechtspraak van het HvJ zeer sterk wordt beperkt. Volgens haar vereist art. 39 Procedurerichtlijn een interimbescherming in *alle* asielzaken door te voorzien in een automatisch schorsend effect. Deze interimbescherming mag dus niet beperkt worden tot die asielzaken waar verdedigbare grieven worden aangevoerd. Bijgevolg biedt het EU-recht volgens haar meer bescherming dan de rechtspraak van het EHRM m.b.t. art. 13 EVRM. Zie M. RENEMAN, “An EU Right to Interim Protection During Appeal Proceedings in Asylum Cases?”, *EJML* 2010, 407-434. Het is ook van belang om de meerwaarde van art. 47 Handvest voor beroepsprocedures in asielzaken te benadrukken. In tegenstelling tot artikel 6 EVRM (recht op een eerlijk proces), waarvan het EHRM heeft verklaard dat het niet van toepassing is op asiel- en immigratiezaken (zie EHRM 5 oktober 2000, nr. 39652/98, *Maaouia v. Frankrijk*, par. 33-41), is art. 47 Handvest (recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht) van toepassing op alle rechten en verplichtingen die voortvloeien uit het Unierecht, inclusief de EU-asiel- en migratiewetgeving (secundair recht) alsook het recht op asiel en het recht op non-refoulement zoals gewaarborgd door het Handvest zelf (primair recht). Art. 47 Handvest herneemt de waarborgen op een eerlijk proces zoals vermeld in art. 6 EVRM en de rechtspraak van het EHRM. Het luidt dan ook: “*Eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, heeft recht op een doeltreffende voorziening in rechte, met inachtneming van de in dit artikel gestelde voorwaarden. Eenieder heeft recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld. Eenieder heeft de mogelijkheid zich te laten adviseren, verdedigen en vertegenwoordigen. Rechtsbijstand wordt verleend aan diegenen die niet over toereikende financiële middelen beschikken, voorzover die bijstand noodzakelijk is om de daadwerkelijke toegang tot de rechter te waarborgen.*” Zie hierover meer in I. STAFFANS, “Judicial Protection and the New European Asylum Regime”, *EJML* 2010, 273-297.

Hierbij moet worden gewezen op de hangende prejudiciële vraag bij het Hof van Justitie, gesteld door de arbeidsrechtbank van Huy, met betrekking tot het niet-schorsende karakter van het beroep tegen een beslissing tot niet-inoverwegingneming van een herhaalde asielaanvraag, C-239/15, *Tall*. De Europese Commissie deelde reeds mee dat artikel 39 van de Asielprocedurerichtlijn moet worden geïnterpreteerd in het licht van artikel 46 van de herschikte Procedurerichtlijn 2013/32/EU en artikel 47 Handvest. Voorts stelt de Commissie dat indien het nationaal

87. Een analyse van de (non)conformiteit van de Asielprocedurerichtlijn 2005 met internationale standaarden, valt buiten het domein van dit proefschrift.<sup>177</sup> Wel is het belangrijk om aan te geven, net zoals BATTJES doet, dat ongerijmdheden in de richtlijn een impact kunnen hebben op de rechtsbescherming van de asielzoeker/vluchteling.<sup>178</sup> De Asielprocedurerichtlijn 2005 laat veel uitzonderingen toe op procedurele waarborgen (bijvoorbeeld met betrekking tot de kosteloze rechtsbijstand, of met betrekking tot een persoonlijk onderhoud) en maakt herhaaldelijk gebruik van zgn. ‘*standstill clauses*’, die het blijvend gebruik van bepaalde nationale praktijken of wetgeving ongemoeid laten (zie bijvoorbeeld art. 30 inzake de nationale aanmerking van derde landen als veilig land van herkomst). Daarnaast is de onverenigbaarheid van de Asielprocedurerichtlijn 2005 met de mensenrechtenverplichtingen (m.n. het non-refoulementbeginsel en het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel in het bijzonder), ook vaak aangehaald.<sup>179</sup> Dit toont aan dat EU-lidstaten, ook al worden er geïndividualiseerde asielprocedures opgezet, in de praktijk toch nog over voldoende soevereine bevoegdheid beschikken om de inhoudelijke elementen van de procedure te bepalen. De visies over wat ‘eerlijke en doeltreffende procedures’ zijn, zijn dan ook heel verschillend. Het Hof van Justitie heeft tot nu toe nog maar twee keer verduidelijking moeten geven over de concrete toepassing van de richtlijn, met name inzake het gebruik van de versnelde procedure of procedures bij voorrang en het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel.<sup>180</sup> RENEMAN stelt vast dat, hoewel de Asielprocedurerichtlijn belangrijk procedurele waarborgen voorziet, er nog een ruime beleidsvrijheid overblijft voor de lidstaten. RENEMAN onderzocht vervolgens op uitgebreide wijze wat het EU recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel, zoals verankerd in artikel 47 van het Handvest en de rechtspraak van het HvJ, betekent voor de geldigheid en de interpretatie van de Asielprocedurerichtlijn 2005. Zij besluit daaruit dat de procedurele beleidsvrijheid van lidstaten danig wordt ingeperkt door verplichtingen die volgen uit het EVRM en het Handvest.<sup>181</sup>

88. Al gauw bleek dat er ook nood was aan een verdergaande harmonisatie op het niveau van de asielprocedure. De doelstelling om gelijke voorwaarden te scheppen voor eerlijke en doeltreffende asielprocedures werd niet volledig bereikt. Zowel uit externe rapporten als uit rapporten van de Europese Commissie werd duidelijk dat er een te grote verscheidenheid is aan procedures in de lidstaten alsook dat er een aantal tekortkomingen zijn inzake het niveau

---

recht geen beroep met automatisch schorsend effect voorziet, een rechterlijke instantie zich dan zou moeten uitspreken over de vraag of de verzoeker op het grondgebied van de lidstaat kan blijven in afwachting van de uitkomst van het beroep tegen de niet-inoverwegingneming.

<sup>177</sup> Deze studie werd onder meer reeds gemaakt door H. BATTJES, *European Asylum Law and International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 289-365. Hij concludeerde daarin: “*The Procedures Directive suffers not only from a lack of conceptual coherence as to the organisation of procedures, it also lacks a coherent view on the question of which safeguards are required to perform an examination of a request for asylum in accordance with relevant standards of international law.*” Zie ook GOODWIN-GILL en J. McADAM, *The Refugee in International Law*, supra noot 29, 537-542; T. SPIJKERBOER en Y. ARBAOUI, “Council Directive 2005/85/EC of 1 December 2005 on Minimum Standards on Procedures in Member States for Granting and Withdrawing Refugee Status” in K. HAILBRONNER (ed.), *EU Immigration and Asylum Law: Commentary*, München, C.H. Beck – Hart – Nomos, 2010, 1227-1350; S. PEERS en N. ROGERS, *EU Immigration and Asylum Law – Tekst and Commentary*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 367-452.

<sup>178</sup> H. BATTJES, *European Asylum Law and International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 364-365.

<sup>179</sup> Zie in deze zin ook S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, supra noot 127, 351-355. Zie de bezorgdheden van UNHCR: *Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons who Otherwise Need International Protection and the Content of the Protection Granted*, January 2005, <http://www.unhcr.org/43661eee2.html>; *UNHCR Provisional Comments on the Proposal for a Council Directive on Minimum Standards on Procedures in Member States for Granting and Withdrawing Refugee Status*, February 2005, <http://www.unhcr.org/43661ea42.html>; *Summary of UNHCR's Provisional Observations on the Proposal for a Council Directive on Minimum Standards on Procedures in Member States for Granting and Withdrawing Refugee Status*, March 2005, <http://www.unhcr.org>.

<sup>180</sup> HvJ 28 juli 2011, nr. C-69/10, *Diouf* en HvJ 31 januari 2013, C-175/11, *H.I.D. en B.A.*

<sup>181</sup> M. RENEMAN, *EU Asylum Procedures and the Right to an Effective Remedy*, Oxford, Hart Publishing, 2014, 428p.

van de procedurele waarborgen voor asielzoekers, die hoofdzakelijk het gevolg zijn van het feit dat de richtlijn de lidstaten een ruime beoordelingsmarge laat.<sup>182</sup> De van kracht zijnde minimumnormen werden ontoereikend en vaag bevonden en kunnen, volgens de Europese Commissie, niet dienen als basis voor eerlijke en doeltreffende onderzoeken. In oktober 2009 lanceerde de Europese Commissie dan ook een herschikking van de Asielprocedurerichtlijn 2005, zodat er in een tweede wetgevende fase meer samenhang kan worden bereikt tussen de verschillende asielinstrumenten die deel uitmaken van het GEAS, alsook een vereenvoudiging, stroomlijning en consolidatie van de procedurevoorschriften in de gehele Unie, met betere beslissingen in eerste aanleg.<sup>183</sup> Niet alleen dienen oneigenlijk gebruik en misbruiken te worden voorkomen en dient de asielprocedure doeltreffender te worden; er moet ook werk worden gemaakt van procedurele waarborgen en begrippen die asielzoekers een reële kans geven om hun asielaanvragen te staven (toegankelijkheid), met bijzondere waarborgen voor kwetsbare personen (contextgevoeligheid) en voorschriften voor de kwaliteit van de besluitvorming (eerlijkheid). Hoewel het Europees Parlement de voorgestelde wijzigingen aan de Asielprocedurerichtlijn 2005 grotendeels ondersteunde, verliepen de onderhandelingen in de Raad over deze herschikking van de Asielprocedurerichtlijn 2005 zeer moeilijk en werd er geen standpunt bereikt. Verscheidene lidstaten bleken gekant te zijn tegen al te specifieke bepalingen in het voorstel tot herschikking wegens de bijzonderheden van hun asiel- en/of rechtsstelsel.

Om de discussies uit het slop te halen, trok de Europese Commissie haar oorspronkelijk voorstel tot herschikking in en publiceerde ze in juni 2011 een gewijzigd voorstel tot herschikking.<sup>184</sup> Het streven naar gemeenschappelijke procedures waar gelijke gevallen gelijk worden behandeld met een gelijk resultaat tot gevolg, heeft de Europese Commissie ertoe aangezet om een meer 'algemene oplossing', d.w.z. een meer aanvaardbare oplossing voor te stellen. Niettemin werden de daarop volgende onderhandelingen bemoeilijkt door tegengestelde belangen. In grove lijnen gesteld legde het Europees Parlement de nadruk op hogere beschermingsnormen door de incorporatie van de rechtspraak van het Hof van Justitie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en vroeg het meer aandacht voor de bijzondere noden van kwetsbare personen, terwijl de lidstaten eerder de nadruk legden op de flexibiliteit en betaalbaarheid van de procedures en op het tegengaan van misbruik van deze procedures.

89. Uiteindelijk werd Richtlijn 2013/32/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale bescherming (herschikking) aangenomen (hierna: *Procedurerichtlijn 2013*). Deze richtlijn dient uiterlijk tegen 21 juli 2015 in nationale wetgeving te worden omgezet.

---

<sup>182</sup> Zie de analyses in Commissie Van De Europese Gemeenschappen, Groenboek over de toekomst van het gemeenschappelijk Europees asielstelsel, 6 juni 2007, COM(2007) 301 definitief; Commission Of The European Communities, Commission Staff working document accompanying the Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on minimum standards on procedures in Member states for granting and withdrawing international protection – impact assessment, 21 oktober 2009, SEC(2009)1376; UNHCR, *Improving Asylum Procedures: Comparative Analysis and Recommendations for Law and Practice*, Brussel, UNHCR, maart 2010, 123 p.; Europese Commissie, Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad over de toepassing van richtlijn 2005/85/EG van 1 december 2005 betreffende de minimumnormen voor de procedures in de lidstaten voor de toekenning of intrekking van de vluchtelingenstatus, 8 september 2010, COM(2010) 465 definitief. Voor de toepassing van de richtlijn in geselecteerde lidstaten zie in het algemeen: K. ZWAAN (ed.), *The Procedures Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2008, 264 p.

<sup>183</sup> Commissie Van De Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende minimumnormen voor de procedures in de lidstaten voor de verlening of intrekking van internationale bescherming (herschikking), 21 oktober 2009, COM(2009) 554 definitief.

<sup>184</sup> Europese Commissie, Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale beschermingsstatus (herschikking), 1 juni 2011, COM(2011) 319 definitief.

In grote lijnen legt deze Procedurerichtlijn 2013 een grote nadruk op ‘*frontloading*’, of het investeren in een versterkte kwaliteit van de besluitvorming in eerste aanleg omtrent aanvragen voor internationale bescherming. Dit uit zich in eerste instantie door het garanderen van een snellere en gemakkelijke toegang tot een procedure. Zo is er een proactieve plicht van overheden om vreemdelingen te informeren over de mogelijkheid om een verzoek om internationale bescherming in te dienen indien daartoe aanwijzingen bestaan (art. 6). Voorts wordt uitdrukkelijk gesteld dat deze richtlijn van toepassing is op alle verzoeken om internationale bescherming die op het grondgebied van een lidstaat worden ingediend, inbegrepen die aan de grens, in de territoriale wateren of in transitzones (art. 3, lid 1). Verder bepaalt de richtlijn dat er één centrale beslissingsautoriteit moet worden aangeduid die in principe bevoegd is voor alle asielbeslissingen. Andere autoriteiten kunnen enkel nog bevoegd zijn voor de toepassing van de Dublinprocedure of m.b.t. procedures inzake de toegang tot het grondgebied wanneer er sprake is van een zgn. grensprocedure. Deze autoriteit moet beschikken over voldoende middelen en personeel, dat in staat is een deugdelijk onderzoek te voeren op basis van passende kennis over de internationale mensenrechten en het EU-asielacquis en op basis van nauwkeurige en actuele informatie over de algemene situatie in het land van herkomst, dat onderlegd is in interviewtechnieken en oog heeft voor de bijzondere noden van minderjarigen en kwetsbare personen, enz. (art. 4 en 10). Het persoonlijk onderhoud vindt in beginsel plaats bij de centrale beslissingsautoriteit, mits een aantal punctuele uitzonderingen (art. 14). Er worden ook strikte vereisten gesteld aan de omstandigheden, de inhoud en de rapportering van het onderhoud (art. 15, 16 en 17). De richtlijn stelt een korte behandelingstermijn voorop, met name een niet-bindende richttermijn van zes maanden waarin een beslissing in eerste aanleg genomen moet worden. Deze termijn kan in welbepaalde gevallen verlengd worden met negen maanden (art. 31). De samenwerkingsplicht voor de verzoeker om internationale bescherming in het kader van de bewijslastverdeling wordt in de richtlijn verankerd (art. 13). Er moet een mogelijkheid zijn om een procedure voor medisch onderzoek op te starten indien er aanwijzingen zijn van vroegere vervolging of ernstige schade (art. 18). Kosteloze juridische en procedurele informatie tijdens de procedures in eerste aanleg, alsook over de beroepsprocedures, moet worden verschaft (art. 19).

De Procedurerichtlijn 2013 voorziet in de nodige flexibiliteit en laat lidstaten toe om op facultatieve wijze gebruik te maken van bijzondere procedures zoals de ontvankelijkheidsprocedures (art. 33), geprioritiseerde procedures (art. 31, lid 7), versnelde procedures (art. 31, lid 8) en grensprocedures (art. 41). Er is ook een mogelijkheid tot het gebruiken van specifieke procedures m.b.t. herhaalde verzoeken, waarbij er in welbepaalde gevallen kan worden voorzien in een facultatieve uitzondering op het recht om op het grondgebied van een lidstaat te blijven tijdens de behandeling van het herhaald verzoek om internationale bescherming (art. 40, 41 en 42). De uitzondering geldt indien (i) wordt vastgesteld dat een tweede aanvraag werd ingediend enkel om de uitvoering van een verwijderingsbeslissing te vertragen of te hinderen, of (ii) wanneer een derde of volgende aanvraag wordt ingediend. (artikel 9, lid 2 *juncto* artikel 41, lid 1 Procedurerichtlijn 2013). In deze gevallen de vreemdeling geen recht hebben om de uitkomst van de behandeling van zijn herhaalde aanvraag op het grondgebied af te wachten. Wel wordt bepaald dat zulke uitzonderingen maar kunnen worden gemaakt wanneer de betrokken beslissingsautoriteit van oordeel is dat een terugkeerbesluit niet zal leiden tot direct of indirecte refolement (zie artikel 41, lid 1 Procedurerichtlijn 2013).

Wat betreft het facultatief gebruik van een ontvankelijkheidsprocedure werd het aantal onontvankelijkheidsgronden terug gebracht tot vijf (art. 33). Voorts somt de richtlijn op exhaustieve wijze tien gronden op die aanleiding kunnen geven tot een versnelde procedure (art. 31, lid 8).

Op vraag van het Europees Parlement dienen bij het gebruik van deze bijzondere procedures echter wel extra waarborgen te worden voorzien voor niet-begeleide minderjarigen (of 'NBM') (art. 25) en voor personen die nood hebben aan bijzondere procedurele garanties (art. 24). Zo kan een versnelde procedure of een grensprocedure enkel maar in bepaalde gevallen worden toegepast op een NBM (art. 25, lid 6).

De richtlijn definieert niet wie de personen zijn die nood hebben aan bijzondere procedurele garanties. In overweging 29 van de preambule wordt wel gesteld dat sommige verzoekers bijzondere procedurele waarborgen kunnen behoeven, op grond van, onder meer, hun leeftijd, geslacht, seksuele gerichtheid, genderidentiteit, handicap, ernstige ziekte, psychische aandoeningen of als gevolg van foltering, verkrachting of andere ernstige vormen van psychologisch, fysiek of seksueel geweld. Lidstaten hebben de verplichting om na te gaan of er bijzondere procedurele noden zijn. Deze identificatieplicht geldt gedurende de hele procedure. De richtlijn vereist evenwel niet dat er werk wordt gemaakt van een formele administratieve procedure. Aan de lidstaten wordt de vrijheid gelaten om gebruik te maken van andere mechanismen inzake identificatie.

Personen met nood aan bijzondere procedurele garanties dienen passende steun te krijgen, met inbegrip van voldoende tijd, om de nodige voorwaarden tot stand te brengen voor hun daadwerkelijke toegang tot procedures en voor het aanvoeren van de elementen ter staving van hun verzoek om internationale bescherming. Voor wat betreft het eventueel gebruik van versnelde procedures en grensprocedures, stelt de richtlijn dat deze bijzondere procedures niet mogen worden toegepast indien geen passende steun wordt verleend (art. 24, lid 3).

De Procedurerichtlijn 2013 laat voorts toe dat lidstaten verder gebruik kunnen maken van concepten inzake veilige landen, zoals 'eerste land van asiel' (art. 35), 'veilig derde land' (art. 38), 'Europees veilig derde land' (art. 39) en 'veilig land van herkomst' (art. 36-37). Er wordt evenwel duidelijk bepaald dat het steeds om een weerlegbaar vermoeden gaat, en dat de toepassing van een concept inzake 'veilige landen' op de bijzondere of specifieke omstandigheden van een individuele vreemdeling kan worden aangevochten.

De bepaling met betrekking tot het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel is omwille van de moeilijke onderhandelingen een zeer gecompliceerde bepaling geworden. In beginsel voorziet de Procedurerichtlijn 2013 in een daadwerkelijk rechtsmiddel voor elke beslissing inzake een verzoek om internationale bescherming (art. 46). Daarbij moet een redelijke termijn voor het indienen van een beroep worden gegarandeerd. Dit daadwerkelijk rechtsmiddel houdt een volledig en *ex nunc* onderzoek in van zowel de feitelijke als juridische gronden met inbegrip van, indien van toepassing, een onderzoek van de behoefte aan internationale bescherming overeenkomstig de Kwalificatierichtlijn 2011 (art. 46, lid 3). In beginsel heeft dit beroep een automatisch schorsend karakter (art. 46, lid 5).

Van dit automatisch schorsend karakter kan worden afgeweken in een aantal welomlijnde gevallen (art. 46, lid 6). Er moet dan als compensatie wel worden voorzien in waarborgen tegen een eventuele refoulement. Dit betekent volgens de richtlijn dat er dan een automatisch schorsend beroep moet openstaan bij een rechterlijke instantie die zich kan uitspreken over de vraag of, op verzoek of ambtshalve, de verzoeker om internationale bescherming op het grondgebied van de lidstaat mag blijven, indien de asielbeslissing resulteert in een beëindiging van het recht van de verzoeker om in de lidstaat te blijven (art. 46, lid 6 en 8).

Bij de toepassing van grensprocedures, of indien de betrokken vreemdeling een NBM is of een persoon met nood aan bijzondere procedurele behoeften, gelden er extra waarborgen indien er wordt afgeweken van het automatisch schorsend karakter van het beroep tegen de

asielbeslissing. Er dienen dan met name de nodige tolkdiensten en rechtsbijstand te worden verleend. De betrokken vreemdeling dient minstens één week tijd te krijgen om een automatisch schorsend beroep in te dienen bij een rechterlijke instantie om, in afwachting van het beroep tegen de asielbeslissing, het recht te verkrijgen om op het grondgebied te verblijven. Deze rechterlijke instantie dient daarbij de feitelijke en juridische aspecten van de asielbeslissing te onderzoeken (art. 46, lid 7 en art. 25, lid 5, in fine alsook art. 24, lid 3). Indien deze extra waarborgen niet worden verleend, dan dient het beroep tegen de asielbeslissing toch een automatisch schorsend karakter te verkrijgen.

De Procedurerichtlijn laat evenwel ook toe dat mag worden afgeweken van de regel dat het een vreemdeling wordt toegestaan om het grondgebied te blijven in afwachting van de rechterlijke uitspraak over de vraag of de vreemdeling op het grondgebied mag blijven in afwachting van zijn beroep tegen de niet-ontvankelijkheidsbeslissing inzake een herhaalde aanvraag (artikelen 41, lid 2 (c) Procedurerichtlijn 2013). Dit kan wanneer (i) wordt vastgesteld dat een tweede aanvraag werd ingediend enkel om de uitvoering van een verwijderingsbeslissing te vertragen of te hinderen, of (ii) wanneer een derde of volgende aanvraag wordt ingediend. Voorwaarde is wel dat de beslissingsautoriteit oordeelt dat een terugkeerbesluit niet leidt tot directe of indirecte refoulement.

### **3. Caveat: mogelijke EU-beperkingen in de daadwerkelijke toegang tot bescherming**

90. Een belangrijke caveat is hier op zijn plaats. Parallel met de EU-wetgeving die, enerzijds, een aantal elementen van de asielbescherming versterkt en consolideert, zoals het vaststellen van kwalificatiecriteria, het toekennen van status, verblijf en daarbij horende rechten alsook het instellen van een procedure, lijkt de EU-wetgeving en het beleid, anderzijds, de effectieve toegang tot deze asielbescherming te beperken.

EU-lidstaten worden verweten dat zij afleidingsstechnieken (*'deflection techniques'*)<sup>185</sup> en zgn. *'non-entrée regimes'* hanteren die tot gevolg hebben dat de keten 'toegang tot het grondgebied – toegang tot procedure – toegang tot asiel' wordt verbroken, vaak ten koste van menselijke levens.<sup>186</sup> Er wordt aangevoerd dat er, enerzijds, een tendens is om de toegang tot een inhoudelijke behandeling van de asielaanvraag te beperken, en, anderzijds, ook een tendens om de fysieke toegang tot het grondgebied van een Staat waar men bescherming zoekt, te beperken. Deze EU-lidstaten stellen dan weer dat het hier gaat om legitieme handelingen, waarbij de verantwoordelijkheid tot bescherming terecht wordt overgedragen aan een ander land, of waarbij maatregelen buiten het grondgebied worden genomen met het oog op preventieve migratiecontrole. Discussies over de wettelijkheid van deze afleidingstechnieken of zgn. *'non-entrée regimes'* zijn in essentie vragen over de reikwijdte van de verantwoordelijkheid van lidstaten tot bescherming: wie is verantwoordelijk en waar moet de bescherming toegekend worden?

#### **a. Wie is verantwoordelijk?**

##### **i. Versnelde procedures en concepten van 'veilige landen': algemene bemerkingen**

91. Eens een vluchteling voorlopig mag blijven en toegang heeft tot de procedure, kan de toegang tot een *inhoudelijke* beoordeling van de aanvraag beperkt worden. Om misbruik van de asielprocedure te vermijden, hanteren Staten niet enkel versnelde procedures maar ook mechanismen en concepten op basis waarvan kan worden geoordeeld dat een inhoudelijke beoordeling van de aanvraag niet aan de orde is omdat de verantwoordelijkheid voor bescherming bij een andere Staat ligt.

Het is niet ontoelaatbaar om specifieke procedures op te zetten waardoor asielaanvragen op een snelle wijze kunnen worden behandeld, in het bijzonder wanneer het asielaanvragen betreft die duidelijk bedrieglijk of manifest ongegrond zijn.<sup>187</sup> Niettemin mag de nood aan versnelde procedures de effectiviteit van het verbod op *refoulement* niet ondermijnen.<sup>188</sup>

---

<sup>185</sup> Zie G. NOLL, *Negotiating Asylum, The EU Acquis, Extraterritorial Protection and the Common Market of Deflection*, Den Haag, Martinus Nijhoff Publishers, 2000, 643p.

J.C. HATHAWAY en T. GAMMELTOFT-HANSEN, "Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence", *Law & Economics Working Papers*, 2014, Paper 106, [http://repository.law.umich.edu/law\\_econ\\_current/106](http://repository.law.umich.edu/law_econ_current/106), 64p.

<sup>186</sup> AMNESTY INTERNATIONAL, *The human cost of Fortress Europe: human rights violations against migrants and refugees at Europe's borders*, 9 juli 2014, 54p.

<sup>187</sup> Zie in deze zin HvJ 28 juli 2011, nr. C-69/10, *Diouf*, par. 64-68. UN High Commissioner For Refugees, The Problem of Manifestly Unfounded or Abusive Applications for Refugee Status or Asylum, 20 October 1983, No. 30 (XXXIV), 1983, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68c6118.html>.

<sup>188</sup> Council Of Europe: Parliamentary Assembly, Resolution 1471 (2005) on Accelerated Asylum Procedures in Council of Europe Member States, para. 8.1.17 October 2005, 1471 (2005), <http://www.unhcr.org/refworld/docid/43f349e04.html> en Council Of Europe: Committee Of Ministers, Guidelines on



Daarnaast mogen versnelde procedures geen negatieve invloed hebben op de nauwgezetheid van het onderzoek van de asielaanvraag, zowel in eerste aanleg als in de beroepsprocedure, bv. omdat er geen redelijke termijn wordt voorzien om in beroep te gaan of omdat een versnelde behandeling van de aanvraag ook leidt tot een vluchtigere behandeling van de aanvraag of het beroep. Deze principes blijken onder meer duidelijk uit de rechtspraak van het EHRM en het Hof van Justitie.<sup>189</sup>

Ook het overdragen van asielzoekers en vluchtelingen aan andere landen door concepten te gebruiken als 'eerste asielland'<sup>190</sup>, 'veilig derde land'<sup>191</sup>, 'veilig land van oorsprong' (hierna: 'veilige landen') en door interne mechanismen te gebruiken die de verantwoordelijkheid voor de behandeling van asielaanvragen verdelen, is in principe niet ontoelaatbaar wanneer het tot doel heeft om het oneigenlijk gebruik van de asielprocedure tegen te gaan en een betere lastenverdeling te verkrijgen.<sup>192</sup> Het gebruik van deze concepten of mechanismen kan leiden tot de weigering van de toegang tot de procedure of aanleiding geven tot versnelde procedures en beperkte rechtsmiddelen. Asielaanvragen kunnen op basis daarvan onontvankelijk of manifest ongegrond worden verklaard.

Staten baseren zich hiervoor op het argument dat het VN-Vluchtelingenverdrag hen niet verplicht om bescherming te verlenen op hun eigen grondgebied. Ze zijn slechts gebonden tot non-refoulement.<sup>193</sup> De rechtsleer<sup>194</sup> en *soft law*-instrumenten<sup>195</sup> aanvaarden die redenering voor zover er de garantie is dat de vluchteling elders bescherming kan vinden. De meningen lopen echter uiteen over wat deze bescherming moet inhouden. De termen 'voldoende bescherming' of 'effectieve bescherming' worden in deze discussies vaak gebruikt maar blijven ongedefinieerd.<sup>196</sup>

---

human rights protection in the context of accelerated asylum procedures, 1 July 2009, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4a857e692.html>. Zie ook UNHCR, Statement on the right to an effective remedy in relation to accelerated asylum procedures issued in the context of the preliminary ruling reference to the Court of Justice of the European Union from the Luxembourg Administrative Tribunal regarding the interpretation of Article 39, Asylum Procedures Directive (APD); and Articles 6 and 13 ECHR, 21 mei 2010, <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4bf67fa12.pdf>.

<sup>189</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM 2 februari 2012, nr. 9151/09, *I.M. v. Frankrijk*, par.140-160.

<sup>190</sup> Zie M. KJAERUM, "The Concept of Country of First Asylum", *IJRL* 1992, 514-530.

<sup>191</sup> E. KJAERGAARD, "The Concept of 'Safe Third Country' in Contemporary European Refugee Law", *IJRL* 1994, 649-655; A. ACHERMANN en M. GATTIKER, "Safe Third Countries: European Developments", *IJRL* 1995, 19-38.

<sup>192</sup> Voor meer achtergrond zie R. HÖFMANN en T. LÖHR, "Introduction to Chapter V: Requirements for Refugee Determination Procedures", in A. ZIMMERMAN, *supra* noot 25, 1109-1117. Zie ook HvJ 21 december 2011, C-411/10 en C-493/10, *N.S. e.a. v. Secretary of State for the Home Department* en EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. Griekenland en België*.

<sup>193</sup> M. GIL-BAZO, "The Practice of Mediterranean States in the Context of the European Union's Justice and Home Affairs External Dimension. The Safe Third Country Concept Revisited", *IJRL* 2006, 595; HOFMANN en T. LÖHR, "Introduction to Chapter V: Requirements for Refugee Determination Procedures", in A. ZIMMERMAN (ed.), *supra* noot 25, 1110.

<sup>194</sup> E. LAUTERPACHT en D. BETHLEHEM, "The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion", in E. FELLER, V. TÜRK en F. NICHOLSON, *Refugee Protection in International Law*, *infra* noot 250, 122-123; J. HATHAWAY, J., *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 331-332. Anderzijds is er ook geen verplichting in hoofde van de vluchteling om asiel aan te vragen in het eerste land dat bescherming kan bieden, zie GOODWIN-GILL en J. McADAM, *The Refugee in International Law*, *supra* noot 29, 392. Zoals Legomsky stelt: "... the shortest distance between a persecutor and a permanent safe haven is seldom a straight line." S. LEGOMSKY, "Secondary Refugee Movements and the Return of Asylum Seekers to Third Countries: The Meaning of Effective Protection", *infra* noot 199, 568. M. GIL-BAZO, "The Practice of Mediterranean States in the context of the European Union's Justice and Home Affairs External Dimension. The Safe Third Country Concept Revisited", *supra* noot 193, 598: "(...) none of the internationally accepted principles relating to asylum suggest that the right to seek asylum has to be exercised in any particular country."

<sup>195</sup> Un High Commissioner For Refugees, Executive Committee Conclusion no. 58 (1989), The Problem of Refugees and Asylum-Seekers Who Move in an Irregular Manner from a Country in Which They Had Already Found Protection, <http://www.unhcr.org/3ae68c4380.html>, punten (e) en (f).

<sup>196</sup> Zie bijvoorbeeld overweging 22 en art. 26 in Richtl.Raad nr. 2005/85/EG, 1 december 2005 betreffende minimumnormen voor de procedures in de lidstaten voor de toekenning of intrekking van de vluchtelingenstatus, *Pb.L.* 13 december 2005, afl. 326, 13; C. PHUONG, "The Concept of 'Effective Protection' in the Context of Irregular Secondary Movements and Protection in Regions of Origin", *Global Migration Perspectives*, nr. 26, April 2005, 14p. De rechtsleer stelt dat hoewel de concepten 'veilig derde land' en 'eerste asielland' zich hebben ontwikkeld als verschillende concepten, ze in wezen aan dezelfde voorwaarden moeten voldoen om in overeenstemming te zijn met

92. Vast staat dat het gebruik van deze concepten niet mag leiden tot rechtstreekse of onrechtstreekse refoulement; de asielzoeker of de vluchteling moet effectief veilig zijn in het ontvangende land.<sup>197</sup> Daarom blijft een individuele inhoudelijke behandeling van de asielaanvraag steeds pertinent<sup>198</sup> en dient de asielzoeker of vluchteling te beschikken over een daadwerkelijk rechtsmiddel tegen een eventuele schending van het non-refoulementbeginsel. Volgens de rechtsleer en *soft law*-instrumenten<sup>199</sup> zou een 'effectieve bescherming' daarnaast moeten inhouden dat een vluchteling of asielzoeker effectief terug wordt toegelaten (*readmittance*) in het 'veilige' land en dat dit gepaard gaat met een aanvaarding van verantwoordelijkheid voor de vluchteling of asielzoeker. Het is daarom van belang dat de vluchteling of asielzoeker effectief toegang heeft tot de beschikbare bescherming. Dit houdt in dat er toegang is tot een eerlijke en effectieve asielprocedure en dat de erkende vluchteling er kan beschikken over het volle genot van zijn rechten, en dit op duurzame wijze. Daarnaast is het volgens sommigen ook aangewezen dat deze concepten eveneens bepalingen inhouden over het verzekeren van een voldoende levensstandaard, toegang tot onderwijs en het recht op gezinshereniging.<sup>200</sup>

ii. Versnelde procedures en concepten van 'veilige landen' in het EU asielprocedure-acquis

93. In de Asielprocedurerichtlijn 2005 en de Procedurerichtlijn 2013 worden versnelde procedures toegelaten, maar de toepassing ervan is niet beperkt tot die gevallen waar een (asiel)aanvraag bedrieglijk of manifest ongegrond is.<sup>201</sup> Een versnelling van de procedure is

---

het principe van non-refoulement, m.n. of de gezochte bescherming beschikbaar en effectief is. S. LEGOMSKY, "Secondary Refugee Movements and the Return of Asylum Seekers to Third Countries: The Meaning of Effective Protection", *IJRL* 2003, 677: "(...) the meaning of 'effective protection' does not vary between first countries of asylum and mere safe third countries. Accordingly, the proposed requirements for the return of asylum seekers to first countries of asylum and mere safe third countries are the same." In dezelfde zin, zie GOODWIN-GILL en J. McADAM, *The Refugee in International Law*, *supra* noot 29, 393.

<sup>197</sup> Zie EHRM 7 maart 2000, nr. 43844/98, *T.I./Verenigd Koninkrijk*: "The Court finds that the indirect removal in this case to an intermediary country, which is also a Contracting State, does not affect the responsibility of the United Kingdom to ensure that the applicant is not, as a result of its decision to expel, exposed to treatment contrary to Article 3 of the Convention."

<sup>198</sup> E. LAUTERPACHT en D. BETHLEHEM, "The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion", in E. FELLER, V. TÜRK en F. NICHOLSON, *Refugee Protection in International Law*, *supra* noot 250, 118.

<sup>199</sup> Voor de rechtsleer zie: S. LEGOMSKY, "Secondary Refugee Movements and the Return of Asylum Seekers to Third Countries: The Meaning of Effective Protection", *IJRL* 2003, 567-677; G. GOODWIN-GILL en J. McADAM, *The Refugee in International Law*, *supra* noot 29, 390-396. Voor *soft law*-instrumenten, zie: Un High Commissioner For Refugees, Global Consultations on International Protection/Third Track: Asylum Processes (Fair and Efficient Asylum Procedures), 31 May 2001, EC/GC/01/12, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3b36f2fca.html>, par. 10-18; Un High Commissioner For Refugees, Summary Conclusions on the Concept of "Effective Protection" in the Context of Secondary Movements of Refugees and Asylum-Seekers (Lisbon Expert Roundtable, 9-10 December 2002), February 2003, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3fe9981e4.html>; Council Of Europe: Committee Of Ministers, Guidelines on Human Rights Protection in the Context of Accelerated Asylum Procedures, 1 July 2009, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4a857e692.html>, punten V en VI; Council Of Europe: Committee Of Ministers, Recommendation R (1997) 22 of the Committee of Ministers to Member States containing Guidelines on the Application of the Safe Third Country Concept, 25 November 1997, (1997) 22, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b39f10.html>.

<sup>200</sup> G. GOODWIN-GILL en J. McADAM, *The Refugee in International Law*, *supra* noot 29, 396. Volgens HATHAWAY wordt deze standaard van behandeling afgemeten op basis van het beginsel van 'verworven rechten', meer bepaald dat een asielzoeker of vluchteling in het ontvangende land moet kunnen genieten van alle rechten die hij reeds had verworven in het overdragende land: J. HATHAWAY, *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 332. In dezelfde zin, zie M. GIL-BAZO, "The Practice of Mediterranean States in the context of the European Union's Justice and Home Affairs External Dimension. The Safe Third Country Concept Revisited", *supra* noot 193, 595. Anderen gaan hier verder in en menen dat op basis van het beginsel van 'verworven rechten' (*acquired rights*) als voorwaarde moet worden gesteld dat alle rechten in het VN-Vluchtelingenverdrag in het ontvangende land moeten worden gegarandeerd. Zie A. FRANCIS, "Bringing Protection Home: Healing the Schism Between International Obligations and National Safeguards Created by Extraterritorial Processing", *IJRL* 2008, 279-280; R. HÖFMANN en T. LÖHR, "Introduction to Chapter V: Requirements for Refugee Determination Procedures", in A. ZIMMERMAN, *supra* noot 25, 1113.

<sup>201</sup> Art. 23, lid 4, Richtl. 2005/85/EG en art. 31, lid 8 Richtl. 2013/32/EU.

bijvoorbeeld ook mogelijk wanneer een (asiel)aanvraag laattijdig werd ingediend<sup>202</sup> of wanneer de asielzoeker afkomstig is uit een ‘veilig land van herkomst’<sup>203</sup> of een ‘veilig derde land’.<sup>204</sup> Deze twee laatste concepten werden in de Asielprocedurerichtlijn 2005 verder gedefinieerd<sup>205</sup>, maar voldeden volgens kritiek uit de rechtsleer niet aan de standaard van ‘effectieve bescherming’.<sup>206</sup> In de Procedurerichtlijn 2013 werd de mogelijkheid om m.b.t. het begrip ‘veilig land van herkomst’ een bepaald deel van een land als veilig aan te duiden, geschrapt.<sup>207</sup> Procedurerichtlijn 2013 verduidelijkt dat het begrip ‘veilig derde land’ eveneens inhoudt dat er geen risico is op ernstige schade en daarenboven wordt een band tussen de verzoeker en het betrokken derde land vereist op grond waarvan het voor de betrokkene redelijk zou zijn om naar dat land te gaan.<sup>208</sup> Een toepassing van deze twee concepten laat Staten toe om in het kader van de Asielprocedurerichtlijn 2005 en de Procedurerichtlijn 2013 de (asiel)aanvraag onontvankelijk<sup>209</sup> te verklaren of manifest ongegrond.<sup>210</sup>

Tenslotte kennen de Asielprocedurerichtlijn 2005 en de Procedurerichtlijn 2013 ook nog het concept ‘eerste asielland’, op basis waarvan een asielaanvraag onontvankelijk kan worden verklaard,<sup>211</sup> en het concept ‘Europees veilig derde land’, aan de hand waarvan lidstaten kunnen bepalen dat een behandeling van het asielverzoek of de beoordeling van de veiligheid van de asielzoeker al dan niet plaatsvindt in overeenstemming met de waarborgen beschreven in hoofdstuk II van de Asielprocedurerichtlijn 2005 en Procedurerichtlijn 2013.<sup>212</sup>

De Asielprocedurerichtlijn 2005 voorzag dat er EU-gemeenschappelijke lijsten konden worden aangenomen m.b.t. ‘veilige landen van herkomst’ alsook ‘Europese veilige derde landen’.<sup>213</sup> Deze gemeenschappelijke lijsten zijn er evenwel nooit gekomen. In de richtlijn werd bepaald dat de aanneming van de EU-lijsten zou gebeuren bij een gekwalificeerde meerderheid in de Raad. Hierdoor werd het Europees Parlement buiten spel gezet. Het Hof oordeelde dat deze procedure in strijd was met de codecisieprocedure voorzien in artikel 67 van het toenmalig EG-verdrag en stelde:

*“Mitsdien heeft de Raad, door in richtlijn 2005/85 de afgeleide rechtsgrondslagen op te nemen, in de vorm van de aangevochten bepalingen, gehandeld in strijd met artikel 67 EG, en daarmee de hem door het Verdrag verleende bevoegdheden overschreden”.*<sup>214</sup>

De artikelen 29, leden 1 en 2 en artikel 36, lid 3 van de richtlijn 2005/85/EG van de Raad van 1 december 2005 betreffende minimumnormen voor de procedures in de lidstaten voor de toekenning of intrekking van de vluchtelingenstatus, werden nietig verklaard. In de Procedurerichtlijn 2013 wordt geen melding meer gemaakt van Europese gemeenschappelijke lijsten voor veilige landen. Er is enkel nog de mogelijkheid om nationale lijsten te handhaven

<sup>202</sup> Art. 23, lid 4 (i), Richtl. 2005/85/EG en art. 31, lid 8 (h) Richtl. 2013/32/EU.

<sup>203</sup> Art. 23, lid 4 (c) (i), Richtl. 2005/85/EG en art. 31, lid 8 (b) Richtl. 2013/32/EU.

<sup>204</sup> Art. 23, lid 4 (c) (ii), Richtl. 2005/85/EG.

<sup>205</sup> Zie art. 27 voor wat betreft het concept ‘veilig derde land’ en art. 29, 30 en 31 voor wat betreft ‘veilig land van herkomst’ in Richtl. 2005/85/EG.

<sup>206</sup> C. COSTELLO, “The Asylum Procedures Directive and the Proliferation of Safe Country Practices: Deterrence, Deflection and the Dismantling of International Protection?”, *EJML* 2005, 35-69. Zie o.m. H. BATTJES, *European Asylum Law and International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 289-365. K. ZWAAN (ed.), *The Procedures Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2008, 264p.

<sup>207</sup> Art. 36 Richtl. 2013/32/EU.

<sup>208</sup> Art. 38 Richtl. 2013/32/EU.

<sup>209</sup> Enkel voor wat het concept ‘veilig derde land’ betreft, zie art. 25, lid 2 (c), Richtl. 2005/85/EG en art. 33, lid 2 (c) Richtl. 2013/32/EU.

<sup>210</sup> Voor wat betreft zowel ‘veilig land van herkomst’ als ‘veilig derde land’, zie art. 28, lid 2, Richtl. 2005/85/EG. Voor wat enkel het concept ‘veilig land van herkomst’ betreft, zie art. 32 Richtl. 2005/85/EG.

<sup>211</sup> Zie art. 26 en 25 (2) (b) Richtl. 2005/85/EG en art. 35 Richtl. 2013/32/EU.

<sup>212</sup> Zie art. 36 Richtl. 2005/85/EG en art. 39 Richtl. 2013/32/EU.

<sup>213</sup> Art. 29 Richtl. 2005/85/EG en art. 36 Richtl. 2005/85/EG.

<sup>214</sup> HvJ 6 mei 2008, C-133/06, *Parlement v. Raad*.

of in te voeren, mits voldaan wordt aan de criteria neergelegd in de richtlijn en met opheffing van elke *standstill* clausule die onder de Asielprocedurerichtlijn 2005 nog zouden gelden, zodat lidstaten niet meer kunnen afwijken van de nieuwe en strengere EU-regels terzake.

iii. De rechtspraak van het EHRM met betrekking tot readmissieverdragen en zgn. ‘transferovereenkomsten’, met name de Dublin-verordening

94. Dezelfde bezorgdheden<sup>215</sup> inzake een beperkte inhoudelijke individuele behandeling van de asielaanvraag, de bescherming tegen rechtstreekse en onrechtstreekse refoulement en de toegankelijkheid en beschikbaarheid van effectieve bescherming, worden geuit in het kader van readmissieverdragen en de verdragen die op basis van afgesproken criteria bepalen welke Staat verantwoordelijk is voor de behandeling van de asielaanvraag. In de zaak *M.S.S.* oordeelde het Hof dat Staten bij het gebruik van zulke transferovereenkomsten, *in casu* de zgn. Dublin II-verordening<sup>216</sup>, geen blind vertrouwen mogen hebben in de voor terugname aangezochte Staten noch blindelings mogen voortgaan op het wederzijds vertrouwensbeginsel waarop deze transferovereenkomsten zijn gestoeld. Immers, wanneer verdragsluitende Staten samenwerken in een domein waar er gevolgen kunnen zijn voor de bescherming van fundamentele rechten, zou het onverenigbaar zijn met het doel en voorwerp van het EVRM om deze Staten van alle verantwoordelijkheid te ontslaan in dat domein. Een individueel onderzoek van de situatie van de vluchteling blijft aangewezen. Volgens het Hof dienen Staten zich er van te verzekeren dat de voor terugname aangezochte Staten een asielprocedure hanteren die voldoende waarborgen voorziet om te verhinderen dat een asielzoeker naar zijn land van herkomst rechtstreeks of onrechtstreeks wordt verwijderd, zonder enige evaluatie van een eventueel reëel risico op een schending van artikel 3 EVRM.<sup>217</sup>

In de zaak *M.S.S.* onderzocht het Hof de individuele situatie van een Afghaanse asielzoeker in het licht van de algemene toestand in Griekenland. Het Hof wees in deze zaak op ernstige structurele tekortkomingen in de asielprocedure in Griekenland, met de name het gebrek aan voldoende informatie voor asielzoekers wat betreft de procedure die gevolgd moeten worden, de feitelijke mogelijkheid om een asielaanvraag in te dienen, het gebrek aan communicatie tussen de asielzoekers en de betrokken overheden, het gebrek aan tolken, de rechtshulp en getrainde dossierbehandelaars, de duur van de beroepsprocedure (meer dan vijf jaar), enz.<sup>218</sup>

---

<sup>215</sup> G. GOODWIN-GILL en J. McADAM, *The Refugee in International Law*, *supra* noot 29, 407-408; A. ROIG and T. HUDDLESTON, "The EC Readmission Agreements : A Re-Evaluation of the Political Impasse" , *EJML* 2007, 363-387; F. TRAUNER and I. KRUSE, "EC Visa Facilitation and Readmission Agreements : A New Standard EU Foreign Policy Tool?," *EJML* 2008, 411-438; N. COLEMAN, *European Readmission Policy: Third Country Interests and Refugee Rights*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, 340p. C. BILLET, "EC Readmission agreements: a prime instrument of the external dimension of the EU's fight against irregular immigration. An assessment after ten years of practice", *EJML* 2010, 45-79

<sup>216</sup> Verord.Raad nr. 343/2003/EG, 18 februari 2003 tot vaststelling van de criteria en instrumenten om te bepalen welke lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van een asielverzoek dat door een onderdaan van een derde land bij een van de lidstaten wordt ingediend, *Pb.L.* 25 februari 2003, afl. 50, 1.

<sup>217</sup> EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. België en Griekenland*, par. 342 e.v. K. POLLET, "De (niet-) toepassing van de Dublinverordening inzake Griekenland: rechterlijke twijfels bij het fundament van het Gemeenschappelijk Europees Asielsysteem", *T. Vreemd.* 2010, 8-18. Zie evenwel EHRM 7 mei 2013, nr. 67429/10, *L.H. en V.S. v. België* (onontvankelijkheidsbeslissing), par. 76-77: Ofschoon het Hof zijn twijfels had geuit in de zaak *M.S.S. v. België en Griekenland* (§§ 130 en 351) over de Dublinprocedure van de Dienst Vreemdelingenzaken, stelde het Hof in deze zaak vast dat, in een situatie die verschilt van deze in de zaak *M.S.S.*, verzoekers die bijgestaan worden door een advocaat gespecialiseerd in het vreemdelingenrecht, na de DVZ-fase van de procedure, de mogelijkheid gehad hebben om hun argumentarium voor het Commissariaat-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen, voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen in het kader van de medische regularisatieprocedure en eveneens voor de rechtbanken van de rechterlijke orde uiteen te zetten. De Belgische overheden konden, zonder miskenning van artikel 8 van het EVRM, volgens het Hof oordelen dat de aanwezigheid van familieleden van de verzoeker in België niet in de weg stond van de verwijdering van de verzoeker naar Italië.

<sup>218</sup> EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. Griekenland en België*, par. 301 e.v.

Het Hof stelde vast deze informatie beschikbaar was in verschillende rapporten van o.m. UNHCR, de Europese Commissaris voor Mensenrechten, Amnesty International, Human Rights Watch, Pro-Asyl and de European Council on Refugees and Exiles. Deze rapporten werden op regelmatige tijdstippen gepubliceerd sinds 2006, en veelvuldig gepubliceerd in 2008 en 2009. Deze rapporten waren verschenen voor de verwijderingsmaatregel werd genomen. Daarenboven hechtte het Hof sterk belang aan een brief van UNHCR, die in april 2009 overgemaakt werd aan de Belgische minister bevoegd voor migratie, waarin uitdrukkelijk werd gepleit voor een schorsing van Dublintransfers naar Griekenland. Cruciaal in deze zaak was dus de aanwezigheid en beschikbaarheid van deze informatie over de algemene toestand voor asielzoekers in Griekenland waarvan België op de hoogte was of had moeten zijn op het moment dat de verwijdering van de betrokken Afghaanse asielzoeker plaatsvond, met name op 15 juni 2009.

Van de betrokken asielzoeker mocht dan ook niet worden verwacht dat hij de gehele bewijslast droeg. Het Hof oordeelde dat de Dienst Vreemdelingenzaken op systematische wijze de Dublin II-verordening toepaste om asielzoekers naar Griekenland over te brengen, zonder de mogelijkheid te overwegen om een uitzondering te maken. België werd vervolgens op dubbele wijze veroordeeld voor een schending van artikel 3 EVRM. Ten eerste veroordeelde het Hof België voor het feit dat het de asielzoeker had blootgesteld aan een gebrekkige asielprocedure in Griekenland, met een reëel risico op indirecte refoulement naar Afghanistan. De Belgische overheid had niet eenvoudigweg mogen veronderstellen dat de asielzoeker er behandeld zou worden volgens de standaarden van het VN-Vluchtelingenverdrag, maar zij had de plicht, zeker in het licht van de gekende situatie, om na te gaan hoe de Griekse autoriteiten hun asielwetgeving in de praktijk naleefden. De soevereiniteitsclausule in de Dublin II-verordening geeft aan lidstaten de mogelijkheid om een asielaanvraag zelf te behandelen, en bovendien was België onder artikel 3 EVRM verplicht om een overname naar Griekenland te vermijden. Daarnaast veroordeelde het Hof België voor het feit dat het de asielzoeker bewust had blootgesteld aan onmenselijke en vernederende detentie- en levensomstandigheden.

In de zaak *Sharifi* onderzocht het Hof of Oostenrijk op het moment van de verwijdering van een Afghaanse asielzoeker naar Griekenland onder de Dublin II-verordening op 20 oktober 2008 eveneens op de hoogte was of had moeten zijn van de tekortkomingen in de asielprocedure en de opvang van asielzoekers in Griekenland. Het Hof stelde vast dat er verschillende rapporten waren verschenen sinds 2006 en vooral in 2008. Op het moment van de verwijdering was er dus ruime informatie beschikbaar voor de Oostenrijkse overheden, maar deze informatie was tegenstrijdig in de aanbevelingen en resultaten. Daarenboven had het EHRM in december 2008 in de zaak *K.R.S.* het vermoeden bevestigd dat Griekenland zou voldoen aan zijn EU-verplichtingen. Voorts had op dat moment geen enkele EU-lidstaat besloten tot een algemene schorsing van Dublintransfers naar Griekenland. UNHCR had Oostenrijk ook niet uitdrukkelijk gevraagd om af te zien van transfers naar Griekenland, zoals het wel had gedaan t.a.v. België in april 2009. Het Hof stelde vast dat in de herfst van 2008 de Oostenrijkse overheden op de hoogte geweest waren van ernstige gebreken in de Griekse asielprocedure en de opvang van asielzoekers. Het Hof oordeelde echter verder dat niet was vastgesteld dat, rekening houdend met alle omstandigheden, de Oostenrijkse overheden op de hoogte waren of geweest hadden moeten zijn van het gegeven dat deze gebreken de minimumdrempel van artikel 3 EVRM hadden bereikt. Bijgevolg maakte de transfer naar Griekenland onder de Dublin II-verordening in de herfst van 2008 geen schending van artikel 3 EVRM uit.<sup>219</sup>

---

<sup>219</sup> EHRM 5 december 2013, nr. 60104/08, *Sharifi v. Oostenrijk*, par. 33-39. Zie in dezelfde zin EHRM 7 mei 2014, nr. 44689/09, *Safaii v. Oostenrijk*.

De zaak *Sharifi e.a.* betrof 32 Afghanen, 2 Soedanezen en 1 Eritreër die nadat zij illegaal het Italiaanse grondgebied hadden betreden, tussen januari 2008 en februari 2009 onmiddellijk werden teruggestuurd naar Griekenland, met de vrees vervolgens te worden teruggestuurd naar hun respectievelijke landen van herkomst waar zij een risico liepen te worden blootgesteld aan de dood, foltering of onmenselijke of vernederende behandeling.<sup>220</sup> Het EHRM stelde een schending van artikel 13 juncto artikel 3 EVRM vast ten aanzien van Griekenland wegens het gebrek aan toegang tot een asielprocedure en het risico op verwijdering naar Afghanistan waar zij zouden worden onderworpen aan een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM. Ten aanzien van Italië werd een schending van artikel 4 van Protocol 4 vastgesteld wegens de collectieve wijze waarop de uitzetting naar Griekenland plaats had. Voorts was er ook een schending van artikel 3 EVRM omdat de Italiaanse overheden, door hen terug te sturen naar Griekenland, de verzoekers hadden blootgesteld aan risico's die voortvloeien uit de gebreken in de Griekse asielprocedure. Tenslotte veroordeelde het EHRM de automatische wijze waarop Italiaanse grenscontrolediensten in de havens van de Adriatische zee vreemdelingen overhandigen aan kapiteins van ferryboten met het doel hen te verwijderen naar Griekenland waardoor hen elke procedureel en materieel recht wordt ontnomen en artikel 13 EVRM werd geschonden. In dit arrest sluit het EHRM zich aan bij de bevindingen in de zaak *M.S.S.* maar het blijft merkwaardig dat Italië in deze zaak *Sharifi e.a.* wordt veroordeeld, terwijl Oostenrijk een veroordeling kon ontwijken, hoewel de verwijderingen naar Griekenland in beide zaken ongeveer in dezelfde periode plaats hadden. Het Hof herhaalde dat het Dublinsysteem moet worden toegepast op een wijze die compatibel is met het EVRM, wat betekent dat geen enkele vorm van collectieve terugkeer kan worden gerechtvaardigd door louter naar het Dublin systeem te verwijzen. Het is de overdragende Staat die moet nagaan of het land van het terugkeer voldoende waarborgen biedt in de toepassing van zijn asielbeleid opdat wordt voorkomen dat een persoon wordt verwijderd naar een land van herkomst zonder een beoordeling van de mogelijke risico's waaraan hij daar kan worden blootgesteld.

In de zaak *Tarakhel* zette het Hof nog eens de puntjes op i. Het vermoeden, waarop het Dublin systeem is gebaseerd, dat de overdracht aangezochte lidstaat de fundamentele rechten neergelegd in het EVRM zal eerbiedigen, is niet onweerlegbaar.<sup>221</sup> Dit vermoeden wordt

---

<sup>220</sup> EHRM 16 oktober 2014, nr. 16643/09, *Sharifi e.a. v. Griekenland en Italië*.

<sup>221</sup> Het Hof meent dat de verantwoordelijkheid van Zwitserland onder artikel 3 EVRM niet kan worden betwist. Het EVRM weerhoudt lidstaten er niet van om soevereine bevoegdheden over te dragen aan een internationale organisatie om samenwerking in bepaalde domeinen te bevorderen. De zgn. *Bosphorus* doctrine werd door het EHRM ontwikkeld om de relatie tussen het Unierecht en het EVRM op een passende manier vorm te geven. Wanneer, enerzijds, een lidstaat handelt in uitvoering van het Unierecht waarbij geen enkele beleidsvrijheid geldt (bv. in uitvoering van een verordening), dan wordt vermoed dat deze lidstaten het EVRM eerbiedigen aangezien het EHRM aanneemt dat de bescherming van de grondrechten binnen de EU gelijkwaardig is aan die van het EVRM. Er wordt dus vermoed dat het Unierecht een beschermingsniveau biedt dat gelijkwaardig is aan het beschermingsniveau geboden door het EVRM. Het EHRM zal daarom alleen optreden in gevallen waarin de bescherming van de EVRM-grondrechten manifest ontoereikend is en de betrokken lidstaat dus niet van zijn verantwoordelijkheid om het EVRM na te leven wordt ontslagen.

Anderzijds, wanneer het Unierecht een zekere beleidsvrijheid geeft aan lidstaten, dan blijven lidstaten onderworpen zijn aan het volledige rechterlijke toezicht van het EHRM. ("*However, a State will be fully responsible under the Convention for all acts falling outside its strict international legal obligations, notably where it has exercised State discretion (ibid., §§ 155-57; see also Michaud v. France, no. 12323/11, §§ 102-04, ECHR 2012)*").

In de zaak *Tarakhel* benadrukte het EHRM dat de Dublin-verordening in een soevereiniteitsclausule voorziet waarbij lidstaten mogen afwijken van artikel 3, lid van de Dublin II-verordening, met name de algemene regel dat een asielverzoek door een enkele lidstaat wordt behandeld, dit is de lidstaat die volgens vastgelegde Dublin-criteria verantwoordelijk is voor de behandeling van het asielverzoek. In afwijking van deze algemene regel, kan elke lidstaat een bij hem ingediend asielverzoek van een vreemdeling behandelen, ook al is hij daartoe op grond van de in deze verordening neergelegde criteria niet verplicht. In dat geval wordt deze lidstaat de verantwoordelijke lidstaat in de zin van deze verordening en neemt hij de daaruit voortvloeiende verplichtingen op zich. Het Hof besluit dat de Zwitserse overheden dus konden afzien van een overdracht van de betrokken asielzoekers naar Italië indien zij meenden dat Italië zijn verplichtingen onder het EVRM niet nakwam. Bijgevolg meent het EHRM dat de beslissing tot overdracht naar Italië niet strikt valt binnen de internationale wettelijke verplichtingen van Zwitserland in het kader van het Dublin-systeem. Derhalve is het vermoeden van gelijkwaardige bescherming hier niet van toepassing. EHRM 4

volgens het Hof weerlegd wanneer, zoals de vaste rechtspraak luidt, er zwaarwegende gronden worden aangetoond die aannemelijk maken dat de betrokken asielzoeker bij verwijdering een reëel risico loopt om te worden blootgesteld aan foltering of onmenselijke behandeling. De herkomst van het risico verandert niets aan het beschermingsniveau gegarandeerd door het EVRM noch aan de verplichtingen van een Staat die voortvloeien uit het EVRM. Het stelt Staten niet vrij om een grondig en geïndividualiseerd onderzoek te voeren naar de situatie van de betrokken persoon en de uitvoering van een verwijderingsmaatregel te schorsen indien een risico op onmenselijk behandeling is vastgesteld.<sup>222</sup> Hiermee zet het EHRM zich duidelijk af tegen de hoge drempel die het Hof van Justitie hanteert in de zaak *Abullahi*, die hierna wordt besproken.

iv. De rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie m.b.t. de Dublin-verordening

95. Ook het Hof van Justitie van de Europese Unie sprak zich uit over de toepassing van de Dublin II-verordening. Het Hof wees in de zaak *N.S.* er op dat het Europees gemeenschappelijk asielstelsel is uitgetekend in een context waarin kan worden aangenomen dat alle Staten die aan dit stelsel deelnemen de grondrechten eerbiedigen en dat er in dit opzicht wederzijds vertrouwen tussen de lidstaten kan bestaan. Het is dan ook juist wegens dat beginsel van wederzijds vertrouwen dat de Uniewetgever de Dublin II-verordening heeft vastgesteld. Die verordening heeft hoofdzakelijk tot doel om in het belang van zowel de asielzoekers als de deelnemende Staten de behandeling van asielverzoeken sneller te laten verlopen. Bijgevolg moet worden aangenomen dat de behandeling van asielzoekers in elke lidstaat in overeenstemming is met de eisen van het Handvest, met het VN-Vluchtelingenverdrag en het EVRM.

Het Hof benadrukt het belang van EU-samenwerking inzake asiel en migratie, door te stellen:

*“De bestaansreden van de Unie en de verwezenlijking van de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid en meer bepaald van het gemeenschappelijk Europees asielstelsel, dat berust op wederzijds vertrouwen en een vermoeden dat de overige lidstaten het Unierecht en meer in het bijzonder de grondrechten eerbiedigen, staan namelijk op het spel.”*<sup>223</sup>

In die zin zal echter niet elke schending van een grondrecht of de geringste schending van het EU-asielrecht volstaan om de overdracht van een asielzoeker aan de normaal gesproken verantwoordelijke lidstaat te verhinderen. Dit vermoeden, nl. dat asielzoekers zullen worden behandeld op een wijze die de mensenrechten eerbiedigt, is weerlegbaar: het Unierecht zelf staat in de weg van de toepassing van het onweerlegbaar vermoeden dat de verantwoordelijke lidstaat de grondrechten van de Unie eerbiedigt.<sup>224</sup> Bijgevolg mogen lidstaten, daaronder begrepen de nationale rechterlijke instanties, een asielzoeker niet aan de verantwoordelijke lidstaat overdragen wanneer zij niet onwetend of onkundig kunnen zijn van het feit dat fundamentele tekortkomingen, d.w.z. gerelateerd aan het systeem, van de asielprocedure en de opvangvoorzieningen voor asielzoekers in deze lidstaat ernstige, op feiten berustende

---

november 2014, nr. 29217/12, *Tarakhel v. Zwitserland*, par. 88-91 en 103. (Zie ook discretionaire clausule in artikel 17, lid 1, van de Dublin III-verordening).

<sup>222</sup> EHRM 4 november 2014, nr. 29217/12, *Tarakhel v. Zwitserland*, par. 104.

<sup>223</sup> HvJ 21 december 2011, C-411/10 en C-493/10, *N.S. e.a. v. Secretary of State for the Home Department*, par. 80.

<sup>224</sup> HvJ 21 december 2011, C-411/10 en C-493/10, *N.S. e.a. v. Secretary of State for the Home Department*, par. 99, 104-105.

gronden vormen om aan te nemen dat de betrokken asielzoeker een reëel risico zal lopen op een onmenselijke of vernederende behandelingen in de zin met artikel 4 van het Handvest.<sup>225</sup> Verrassend genoeg, maakt het Hof van Justitie in deze zaak geen gebruik van artikel 19, lid 2, van het Handvest (*Bescherming bij verwijdering, uitzetting en uitlevering*) maar legt het daarentegen artikel 4 van het Handvest (*Verbod van folteringen en van onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen*) uit als een verbod op refoulement wanneer de vreemdeling wordt teruggestuurd naar een land waar hij een reëel risico zal lopen op folteringen, onmenselijke of vernederende behandelingen.

Het Hof meent dat dezelfde redenering eveneens kan worden toegepast m.b.t. bepalingen inzake ‘veilige landen’. Indien deze bepalingen een onweerlegbaar vermoeden zouden vestigen dat de grondrechten in die derde landen worden geëerbiedigd, dan zouden die bepalingen “*de garanties die beogen te waarborgen dat de Unie en haar lidstaten de grondrechten beschermen en eerbiedigen, op losse schroeven (...) zetten.*”<sup>226</sup> Bijgevolg kunnen bepalingen inzake ‘veilige landen’ enkel worden toegepast op basis van een weerlegbaar vermoeden: het loutere feit dat een Staat verdragen heeft geratificeerd (bijvoorbeeld inzake mensenrechten), vestigt niet het onweerlegbare vermoeden dat de Staat (lidstaat of derde land) die verdragen ook naleeft.<sup>227</sup> Zowel het EHRM als het Hof van Justitie stellen dus dat regionale of bilaterale verdragen inzake het overdragen van vreemdelingen of het gebruik van concepten m.b.t. veilige landen, Staten niet vrijstellen van een eigen verantwoordelijkheid inzake het verzekeren van de mensenrechten van zodra een vreemdeling zich onder hun rechtsmacht bevindt.<sup>228</sup>

96. In de zaak *Puid* herinnerde het Hof eraan dat volgens artikel 3, lid 1 van de Dublin II-verordening een asielverzoek wordt behandeld door een enkele lidstaat, namelijk door de lidstaat die volgens de criteria van hoofdstuk III van de verordening verantwoordelijk is voor de behandeling van het asielverzoek.<sup>229</sup> Volgens artikel 3, lid 2 van de verordening (de zgn. soevereiniteitsclausule) kan elke lidstaat echter in afwijking van artikel 3, lid 1 een door een vreemdeling bij hem ingediend asielverzoek behandelen, ook al is hij daartoe op grond van de in deze verordening neergelegde criteria niet verplicht.

Wanneer een lidstaat dus niet onkundig kan zijn van het gegeven dat systeemgerelateerde tekortkomingen van de asielprocedure en van de opvangvoorzieningen voor asielzoekers in de lidstaat die aanvankelijk als verantwoordelijke lidstaat was aangewezen aan de hand van de criteria genoemd in hoofdstuk III van de Dublin II-verordening, ernstige, op feiten berustende gronden vormen om aan te nemen dat de betrokken asielzoeker een reëel risico zal lopen op onmenselijke of vernederende behandelingen in de zin van artikel 4 van het Handvest, dan mag de lidstaat die bepaalt welke lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van het asielverzoek, de asielzoeker niet overdragen aan de lidstaat die aanvankelijk als verantwoordelijke lidstaat was aangewezen. Hij moet, onder voorbehoud van de mogelijkheid om het verzoek zelf te behandelen, de criteria van de Dublin II-verordening verder hanteren om na te gaan of een andere lidstaat volgens een van die criteria verantwoordelijk kan worden. Wanneer op basis van de in de verordening vastgestelde criteria geen lidstaat kan worden aangewezen die verantwoordelijk is voor de behandeling van het asielverzoek, is

---

<sup>225</sup> HvJ 21 december 2011, C-411/10 en C-493/10, *N.S. e.a. v. Secretary of State for the Home Department*, par. 106.

<sup>226</sup> HvJ 21 december 2011, C-411/10 en C-493/10, *N.S. e.a. v. Secretary of State for the Home Department*, par. 100.

<sup>227</sup> HvJ 21 december 2011, C-411/10 en C-493/10, *N.S. e.a. v. Secretary of State for the Home Department*, par. 100-103.

<sup>228</sup> Zie S. LIEVENS, “Case Report on C-411/10, N.S. and C-493/10, M.E. and others, 21 December 2011”, *EJML* 2012, 223-238.

<sup>229</sup> HvJ 14 november 2013, C-4/11, *Puid*.



krachtens artikel 13 van de Dublin II-verordening, de lidstaat waar het verzoek het eerst werd ingediend verantwoordelijk voor de behandeling ervan.<sup>230</sup>

In een dergelijke situatie impliceert de onmogelijkheid om een asielzoeker over te dragen aan de lidstaat die aanvankelijk als verantwoordelijke lidstaat was aangewezen, als zodanig echter niet dat de lidstaat die bepaalt welke lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van het asielverzoek, op grond van artikel 3, lid 2 van de Dublin II-verordening verplicht is dat verzoek zelf te behandelen. Van belang is echter dat de lidstaat waar de asielzoeker zich bevindt, erop toeziet dat hij een situatie waarin de grondrechten van de asielzoeker worden geschonden, niet erger maakt door de procedure om de verantwoordelijke lidstaat te bepalen, onredelijk lang te laten duren. Indien nodig, dient hij het verzoek zelf te behandelen overeenkomstig artikel 3, lid 2 van de verordening, zoals door het Hof ook werd gesteld in de zaak *N.S.*<sup>231</sup>

97. De rechtspraak van het Hof in de zaken *N.S.* en *Puid* werd deels hernomen in de nieuwe Dublin III-verordening, die sinds 1 januari 2014 van toepassing is.<sup>232</sup> Deze herschikte verordening bepaalt in artikel 3, lid 2, wat er dient te gebeuren wanneer het niet mogelijk is om een verzoeker om internationale bescherming over te dragen aan de lidstaat die in de eerste plaats als verantwoordelijke lidstaat is aangewezen omdat ernstig gevreesd moet worden dat de asielprocedure en de opvangvoorzieningen in die lidstaat systeemfouten bevatten die resulteren in onmenselijke of vernederende behandelingen in de zin van artikel 4 van het Handvest. De bepaling is erop gericht om in zulke situaties te voorkomen dat de grondrechten van de verzoeker worden geschonden en te garanderen dat hij daadwerkelijk toegang heeft tot bescherming. Daartoe moet in de eerste plaats de lidstaat die belast is met het bepalen van de verantwoordelijke lidstaat, d.i. de lidstaat waar de verzoeker zich bevindt, onderzoeken of een andere lidstaat verantwoordelijk is. De Dublin III-verordening bepaalt, in tegenstelling tot de rechtspraak van het Hof, zeer duidelijk dat indien er geen andere lidstaat kan worden aangewezen, de lidstaat die belast is met het bepalen van de verantwoordelijke lidstaat, dan de verantwoordelijke lidstaat wordt.

Artikel 33 van de nieuwe Dublin III-verordening voorziet verder in een mechanisme voor vroegtijdige waarschuwing, paraatheid en crisisbeheersing, dat in werking treedt wanneer er zich ofwel een kennelijk risico van bijzondere druk op het asielstelsel voordoet of wanneer er zich problemen voordoen in de werking van het asielstelsel van een lidstaat. In het kader hiervan kan een preventief actieplan of een crisisbeheersingsplan worden opgesteld. In dit kader past ook de recente haalbaarheidsstudie van de Europese Commissie m.b.t. ‘*supported*’ dan wel ‘*joint processing*’ van asielaanvragen binnen de EU.<sup>233</sup>

98. Het Hof van Justitie heeft in de zaak *Abdullahi* benadrukt dat het recht op beroep, zoals voorzien in artikel 19, lid 2 van de Dublin II-verordening, zo moet worden uitgelegd dat, in omstandigheden waar een lidstaat op basis van artikel 10, lid 1 van de Dublin II-verordening (in casu als de lidstaat waar de asielzoeker voor het eerst het grondgebied van de Europese Unie is binnengekomen), heeft ingestemd met de overname van een asielzoeker, deze asielzoeker *slechts* tegen de keuze van dit criterium kan opkomen met een beroep op het

---

<sup>230</sup> HvJ 14 november 2013, C-4/11, *Puid*, par. 27-34.

<sup>231</sup> HvJ 14 november 2013, C-4/11, *Puid*, par. 35 en HvJ 21 december 2011, C-411/10 en C-493/10, *N.S. e.a. v. Secretary of State for the Home Department*, par. 98 en 108.

<sup>232</sup> Verord. Parl. en Raad nr. 604/2013, 26 juni 2013 tot vaststelling van de criteria en instrumenten om te bepalen welke lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van een verzoek om internationale bescherming dat door een onderdaan van een derde land of een staatloze bij een van de lidstaten wordt ingediend (herschikking), Pb.L. 29 juni 2013, afl. 180, 31 e.v.

<sup>233</sup> European Commission, *Study on the Feasibility and legal and practical implications of establishing a mechanism for the joint processing of asylum applications on the territory of the EU*, 13 February 2013, HOME/2011/ERFX/FW/04, 141 p.

bestaan van aan het systeem gerelateerde tekortkomingen van de asielprocedure en van de opvangvoorzieningen voor asielzoekers in die lidstaat. Deze tekortkomingen moeten ernstige, op feiten berustende gronden vormen om aan te nemen dat die asielzoeker een reëel risico zal lopen op onmenselijke of vernederende behandelingen in de zin van artikel 4 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.<sup>234</sup> Het Hof rechtvaardigt deze stelling, met verwijzing naar het arrest *N.S.*, door er aan te herinneren dat het gemeenschappelijk Europees asielstelsel is opgezet in een context waarin mag worden aangenomen dat alle Staten die aan dit stelsel deelnemen, ongeacht of het om lidstaten of derde Staten gaat, de grondrechten eerbiedigen, daaronder begrepen de rechten die het Verdrag van Genève, het Protocol van 1967 of het EVRM als grondslag hebben, en dat er in dit opzicht wederzijds vertrouwen tussen de lidstaten kan bestaan. De Uniewetgever heeft juist wegens dat beginsel van wederzijds vertrouwen de Dublin II-verordening vastgesteld om de behandeling van asielverzoeken te stroomlijnen en te voorkomen dat het stelsel verstopt raakt doordat de autoriteiten van de Staten verschillende asielverzoeken van één verzoeker dienen te behandelen, om meer rechtszekerheid te bieden met betrekking tot de bepaling van de Staat die verantwoordelijk is voor de behandeling van het asielverzoek, en om aldus “forum shopping” te voorkomen. Het geheel heeft hoofdzakelijk tot doel om in het belang van zowel de asielzoekers als de deelnemende Staten de behandeling van asielverzoeken sneller te laten verlopen.<sup>235</sup>

Het VK Supreme Court nuanceerde deze rechtspraak van het Hof van Justitie. Het Supreme Court stelde dat uit het arrest *N.S.* niet kan worden weerhouden dat enkel een systematische schending van mensenrechtenverplichting kan rechtvaardigen dat een asielzoeker niet wordt overgedragen aan de verantwoordelijke lidstaat. Dit arrest doet geen afbreuk aan de zgn. “Soering test” zoals ontwikkeld in de rechtspraak van EHRM met betrekking tot artikel 3 EVRM:

*“The critical test remains that articulated in Soering v United Kingdom (1989) 11 EHRR 439. The removal of a person from a member state of the Council of Europe to another country is forbidden if it is shown that there is a real risk that the person transferred will suffer treatment contrary to article 3 of ECHR.”*<sup>236</sup>

<sup>234</sup> HvJ 10 december 2013, C-394/12, *Abdullahi*.

<sup>235</sup> HvJ 10 december 2013, C-394/12, *Abdullahi*, par. 52-53.

<sup>236</sup> *R (on the application of EM (Eritrea) and Others) v. Secretary of State for the Home Department* [2014] UKSC 12 van 19 februari 2014, par. 58. Uittreksel uit het persbericht: “The Court of Appeal was wrong to consider that only a systemic breach by the receiving country of its human rights obligations would justify not returning an asylum seeker to that country. The CJEU’s judgment in *NS* had to be read according to the context in which it was given. While it did refer to a systemic breach, such a breach was well-established on the case’s facts. The CJEU’s focus was therefore not on the sort of breach that had to be established, but rather on EU member states’ awareness of such a breach. There was therefore no warrant for concluding that CJEU’s judgment was that there had to be a systemic breach; it only meant that a systemic breach would be enough. The CJEU was not calling into question the well-established test applied in human rights law, which is that the removal of a person from a member state of the Council of Europe to another country is forbidden, if it is shown that there is a real risk that the person transferred will suffer treatment contrary to article 3 of the ECHR [56–58]. Indeed, the EU requires its laws to be interpreted in accordance with fundamental rights, such as those guaranteed by the ECHR. And beyond that it is clear that the EU scheme of asylum law in general is to be applied in a way that respects the dignity of asylum seekers, and ensures a basic minimum standard of support. Council Directive 2003/9/EC (commonly known as the Reception Directive) requires that member states provide asylum seekers with at least enough to sustain their health and ability to subsist. And under Council Directive 2004/83/EC (the Qualification Directive), those granted refugee status are not to be discriminated against in terms of access to welfare support, accommodation, and so on [59– 60]. These duties coalesce with the positive obligations on members of the Council of Europe who are also member states of the European Union. Article 4 of the EU Charter of Fundamental Rights contains a human rights protection in equivalent language to article 3 of ECHR. The UK, as an EU member state, is obliged to observe and promote the application of the Charter whenever implementing an instrument of EU law. There was no dispute before this Court that the positive obligations under article 3 of ECHR include the duty to protect asylum seekers from deliberate harm by being exposed to living conditions (for which the state bears responsibility) which cause ill treatment. And in *R (Limbuela) v Secretary of State for the Home Department* the House of Lords held that article 3 ECHR could be engaged where asylum seekers were ‘by the deliberate action of the state, denied shelter, food or the most basic necessities of life’ [62]. Where, therefore, it can be shown that the conditions in which an asylum seeker will be required to live if returned under Dublin II are such that there is a real risk that he will be subjected to inhuman or degrading treatment,

Volgens het Supreme Court kan dit onderzoek enkel deugdelijk worden gevoerd indien er een beoordeling is van de voorzienbare gevolgen van het overdragen van een asielzoeker naar een andere lidstaat waarbij rekening wordt gehouden met de algemene situatie in de ontvangende lidstaat alsook van de persoonlijke omstandigheden van de asielzoeker in kwestie. Dit is volgens het Supreme Court dan ook de benadering die het EHRM heeft gevolgd post-*M.S.S.*<sup>237</sup>

Het Duitse Federale Administratieve Hof ('Bundesverwaltungsgericht') heeft dan weer, met een verwijzing naar het arrest *Abdullahi*, geoordeeld dat een beroep tegen een overdracht naar een andere lidstaat enkel succesvol kan zijn indien systeem gerelateerde tekortkomingen in de asielpprocedure of in de opvangomstandigheden van de verantwoordelijke lidstaat worden aangetoond. Bij gebrek aan zulke systeem gerelateerde tekortkomingen, is het niet voldoende om een Dublin overdracht te voorkomen dat de asielzoeker een individueel toekomstig risico op een behandeling in strijd met artikel 3 van het EVRM (of artikel 4 van het Handvest) bewijst noch is het voldoende dat hij aantoont in het verleden blootgesteld te zijn geweest aan zulke behandeling in de verantwoordelijke lidstaat. Een beoordeling van een individueel toekomstig risico en vroegere ervaringen moeten daarentegen worden meegenomen in de algemene beoordeling van het bestaan van systeem gerelateerde tekortkomingen. Individuele ervaringen van een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM leiden niet tot een omkering van de bewijslast.<sup>238</sup>

De uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Abdullahi* werd bekritiseerd omdat het de draagwijdte van het recht op beroep zeer strikt lijkt te beperken.<sup>239</sup> Eerder in zijn conclusie had advocaat-generaal Cruz Villalón geredeneerd dat een asielzoeker ook kan gebruikmaken van zijn recht op beroep voorzien in artikel 19, lid 2, van Dublin II-verordening om zich te verzetten (i) tegen een toepassing van de in de verordening opgenomen criteria waarbij een lidstaat wordt aangewezen die niet in staat is om te waarborgen dat hij wordt behandeld op een wijze die in overeenstemming is met de eerbiediging van de grondrechten, (ii) dan wel tegen het feit dat bij de aanwijzing te hanteren criteria die berusten op specifieke subjectieve rechten die hij krachtens de verordening heeft (zoals recht op gezinshereniging, belang van het kind, termijnen, recht op goed bestuur, e.d.), niet zijn toegepast.<sup>240</sup> Hij werd echter niet gevolgd door het Hof. De vraag stelt zich echter of deze rechtspraak zal worden bevestigd in het licht van de nieuwe Dublin III-verordening dat in de hiërarchie van de criteria veel meer de nadruk legt op de eenheid van het gezin en het belang van het kind. Artikel 27 van de Dublin III-verordening voorziet uitdrukkelijk in een recht om tegen het overdrachtsbesluit bij een rechterlijke instantie een daadwerkelijk rechtsmiddel in te stellen, in de vorm van een beroep of een bezwaar ten aanzien van de *feiten en het recht*.<sup>241</sup> In overweging 19 van de preambule wordt verduidelijkt dat teneinde de naleving van het internationale recht te waarborgen, een daadwerkelijk rechtsmiddel tegen overdrachtsbesluiten zowel betrekking dient te hebben op de toepassing van deze verordening als op de juridische en feitelijke situatie in de lidstaat aan welke de verzoeker wordt overgedragen. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat ook in situaties waar de criteria van de Dublin III-verordening en hun onderlinge

---

*his or her removal to that state is forbidden. The evidence about breaches of a positive obligation is more likely to concern systemic failings, but a focus on such failings is only by way of establishing that there is a real risk of a breach of article 3, rather than a distinct hurdle to be surmounted [63] (...).*"

<sup>237</sup> EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. België en Griekenland*, par. 342.

<sup>238</sup> BVerwG 10 B 35.14, 6 juni 2014.

<sup>239</sup> Zie bemerkingen van M. HENNESSY, "The Dublin system and the Right to an Effective Remedy– The case of C-394/12 *Abdullahi*", december 2013, [www.asylumlawdatabase.eu](http://www.asylumlawdatabase.eu) en E. NERAUDAU, "L'étendue du contrôle du juge national sur la décision de transfert Dublin II réduit comme peau de chagrin?", *Newsletter EDEM*, januari 2014, 11-18.

<sup>240</sup> HvJ 10 december 2013, conclusie van advocaat-generaal Cruz Villalón in zaak nr. C-394/12, *Abdullahi*.

<sup>241</sup> Art. 27 Verord.Parl. en Raad nr. 604/2013, 26 juni 2013 tot vaststelling van de criteria en instrumenten om te bepalen welke lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van een verzoek om internationale bescherming dat door een onderdaan van een derde land of een staatloze bij een van de lidstaten wordt ingediend (herschikking), *Pb.L.* 29 juni 2013, afl. 180, 31 e.v.

hiërarchie foutief worden toegepast en/of niet voldoende rekening wordt gehouden met de individuele omstandigheden van de betrokken asielzoekers, zoals hun minderjarigheid en het beginsel van het belang van het kind, eventuele gezinsbanden of elementen van afhankelijkheid/kwetsbaarheid, de afgelegde reisweg e.d., een beroep tegen de voorgenomen overdracht kan worden ingediend.<sup>242</sup> Een andere lezing lijkt het nut van het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel te ondermijnen.

99. Artikelen 6 en 8 van de nieuwe Dublin III-verordening bepalen uitdrukkelijk dat bij alle procedures waarin de verordening voorziet, het belang van het kind voorop moet worden gesteld. Dit belang van het kind werkt door in de criteria die worden gehanteerd om te bepalen welke lidstaat verantwoordelijk is wanneer een niet-begeleide minderjarige een verzoek om internationale bescherming indient. In beginsel is de lidstaat waar een gezinslid (bv. ouder of voogd), of een broer of zus of een familielid (d.i. oom, tante, grootouder) van de niet-begeleide minderjarige zich wettig ophoudt, verantwoordelijk voor de behandeling van het verzoek om internationale bescherming. Bij ontstentenis van gezinsleden, broers of zussen of familieleden is de lidstaat waar de niet-begeleide minderjarige zijn verzoek om internationale bescherming heeft ingediend de verantwoordelijke lidstaat, mits dit in het belang is van de minderjarige. De Dublin III-verordening bepaalt echter niet verder wat er moet gebeuren indien de niet-begeleide minderjarige in meerdere lidstaten een verzoek om internationale bescherming heeft ingediend. De verordening geeft niet uitdrukkelijk aan of in deze situatie de eerste lidstaat waar een asielverzoek werd ingediend dan wel de lidstaat waar de meest recente asielaanvraag werd ingediend, de verantwoordelijke lidstaat is.

In de zaak *MA* komt het Hof van Justitie tot de conclusie dat in deze situatie de verantwoordelijke lidstaat die lidstaat is waar de minderjarige zich bevindt nadat hij er een asielaanvraag heeft ingediend, m.a.w. de lidstaat waar de meest recente asielaanvraag werd ingediend.<sup>243</sup> Deze conclusie volgt uit het doel en de context van de verordening die de daadwerkelijke toegang tot een asielprocedure beoogt te waarborgen, met bijzondere aandacht voor niet-begeleide minderjarige asielzoekers. Aangezien niet-begeleide minderjarigen bijzonder kwetsbare personen zijn, komt het erop aan de Dublinprocedure niet langer te laten duren dan strikt noodzakelijk, hetgeen impliceert dat zij in beginsel niet aan een andere lidstaat worden overgedragen. Deze overweging wordt volgens het Hof bevestigd door het gegeven dat de Dublin-verordening is opgesteld met inachtneming van de grondrechten en de beginselen die met name in het Handvest worden erkend. Een van deze grondrechten is onder meer het in artikel 24, lid 2, van het Handvest vervatte recht dat bij alle handelingen in verband met kinderen, ongeacht of deze worden verricht door overheidsinstanties of particuliere instellingen, de belangen van het kind de eerste overweging dienen te vormen. Het komt er in het belang van niet-begeleide minderjarigen dan ook op aan om de Dublinprocedure niet nodeloos te rekken maar hen een snelle toegang tot de procedures voor de toekenning van de vluchtelingenstatus te waarborgen.

Met deze uitspraak maakt het Hof van Justitie aldus een tweede belangrijke uitzondering op criteria in de de Dublin-verordening. De Europese Commissie formuleerde een voorstel om deze rechtspraak wettelijk te verankeren door een wijziging van de Dublin III-verordening.<sup>244</sup> Voorts wordt in het voorstel bepaald dat indien de niet-begeleide minderjarige zich op het

---

<sup>242</sup> Zie in deze zin ook E.R. Brouwer, noot bij HvJ 10 december 2013, C-394/12, *Abdullahi*, *Jurisprudentie Vreemdelingenrecht* 2014/32, ve 13002470, 4.

<sup>243</sup> HvJ 6 juni 2013, C-648/11, *MA, DT en BA v. Secretary of State for the Home Department*.

<sup>244</sup> Europese Commissie, Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Verordening (EU) nr. 604/2013 wat betreft de vaststelling welke lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van een verzoek om internationale bescherming dat is ingediend door een niet-begeleide minderjarige zonder gezinsleden, broers of zussen of familieleden die legaal in een lidstaat verblijven, 26 juni 2014, COM (2014) 382 definitief.

grondgebied van een lidstaat bevindt zonder daar een verzoek te hebben ingediend, die lidstaat de niet- begeleide minderjarige in kennis stelt van diens recht om een verzoek in te dienen en hem een reële mogelijkheid geeft om in die lidstaat een verzoek in te dienen. Indien de niet-begeleide minderjarige vervolgens daadwerkelijk een aanvraag indient in de lidstaat waar hij zich bevindt, wordt die lidstaat verantwoordelijk voor de behandeling van de aanvraag, mits dit in het belang is van de minderjarige. Indien de niet-begeleide minderjarige geen aanvraag indient in de lidstaat waar hij zich bevindt, blijft de verantwoordelijke lidstaat de lidstaat waar de niet-begeleide minderjarige zijn meest recente verzoek heeft ingediend, tenzij dit niet in het belang is van de minderjarige.

100. Een derde uitzondering betreft de toepassing van de zogenaamde ‘humanitaire clause’, vervat in artikel 15 van de Dublin II-verordening. In de zaak *K* stelt het Hof vast dat het eerste lid van deze humanitaire clause, met name artikel 15, eerste lid, een facultatieve bepaling is die aan lidstaten een ruime beoordelingsbevoegdheid toekent om te beslissen of gezinsleden en andere afhankelijke familieleden ‘herenigd’ moeten worden op humanitaire gronden, in het bijzonder op grond van familiebanden of op culturele gronden.<sup>245</sup> Deze beoordeling wordt weerspiegeld in artikel 17, tweede lid van de nieuwe Dublin III-verordening.

Het tweede lid van dit artikel 15 stelt volgens het Hof evenwel aan deze bevoegdheid de beperking dat wanneer de in deze bepaling gestelde voorwaarden zijn vervuld, de lidstaten normaliter ervoor zorgen dat de asielzoeker bij een familielid kan blijven. Artikel 15, 2<sup>de</sup> lid van de Dublin II-verordening bepaalt in het bijzonder dat wanneer de ene betrokkene afhankelijk is van de hulp van de andere wegens een zwangerschap, een pasgeboren kind, een ernstige ziekte, een zware handicap of hoge leeftijd, de lidstaten er normaliter voor zorgen dat de asielzoeker kan blijven bij of wordt herenigd met een familielid dat zich op het grondgebied bevindt, op voorwaarde dat er in het land van herkomst familiebanden bestonden. Het Hof van Justitie heeft gesteld dat “normaliter” een verplichting inhoudt. Lidstaten kunnen slechts afwijken van deze verplichting om ervoor te zorgen dat de betrokkenen samen kunnen blijven, indien een dergelijke afwijking gerechtvaardigd is op grond van een uitzonderlijke situatie.<sup>246</sup> Deze interpretatie van “normaliter” blijft eveneens gelden voor de toepassing van het nieuwe artikel 16 in de nieuwe Dublin III-verordening, dat voorziet in specifieke waarborgen voor afhankelijke personen bij de toepassing van de Dublincriteria.

101. Tenslotte oordeelde het Hof in de zaak *Halaf* dat de soeveriniteitsclause in artikel 3, lid 2, van de Dublin II-verordening zo moet worden uitgelegd dat een lidstaat die volgens de criteria van deze verordening niet verantwoordelijk is, op grond van deze bepaling een asielverzoek kan behandelen, ook al zijn er geen omstandigheden die de toepassing van de humanitaire clause, zoals voorzien in artikel 15, lid 2, van de verordening, rechtvaardigen. Hiervoor is niet vereist dat de krachtens deze criteria de verantwoordelijke lidstaat niet heeft geantwoord op een verzoek tot terugname van de betrokken asielzoeker.<sup>247</sup> Het Hof vindt steun voor deze interpretatie in het voorstel van de Europese Commissie [COM(2001) 447 definitief] dat tot deze verordening heeft geleid. Dit voorstel preciseert immers dat de in artikel 3, lid 2, van de verordening vervatte regel is ingevoerd zodat iedere lidstaat zelfstandig uit politieke, humanitaire of praktische overwegingen kan besluiten een asielverzoek te behandelen, ook al is deze lidstaat volgens de criteria van de verordening niet de verantwoordelijke lidstaat. Een toepassing van de soeveriniteitsclause is dus niet aan bijzondere voorwaarden verbonden. Artikel 17, eerste lid, van de nieuwe Dublin III-verordening bevestigt dit idee in een zgn. humanitaire clause.

---

<sup>245</sup> HvJ 6 november 2012, C-245/11, *K.*, par. 27.

<sup>246</sup> HvJ 6 november 2012, C-245/11, *K.*, par. 46-47.

<sup>247</sup> HvJ 30 mei 2013, C-528/11, *Halaf*.

b. Wanneer en waar moet de bescherming toegekend worden?

i. Het non-refoulementbeginsel en territoriale werking

102. Het is nooit ter discussie gesteld dat het non-refoulementbeginsel (zowel art. 33 VN-Vluchtelingenverdrag als art. 3 EVRM) van toepassing is op vluchtelingen die zich op het grondgebied van de verdragsluitende Staat bevinden (territoriale werking): het non-refoulementbeginsel verzet zich tegen een verwijdering van de vreemdeling van het grondgebied zolang de asielprocedure niet is afgerond. Er heeft wel discussie bestaan over wat effectief het grondgebied van een verdragsluitende Staat uitmaakt. Voorheen werd door Staten gesteld dat op hen geen verplichting rustte om vreemdelingen toe te laten en dat het non-refoulementbeginsel enkel van toepassing was op vluchtelingen die zich reeds op het grondgebied bevonden.<sup>248</sup> Deze argumentatie liet Staten toe om binnenkomst te weigeren aan vluchtelingen die zich aan de grens bevonden. Europese lidstaten hebben ondertussen deze houding los gelaten en, onder invloed van rechtspraak<sup>249</sup>, rechtsleer<sup>250</sup> en *soft law*-instrumenten<sup>251</sup>, hun praktijk gewijzigd. Er wordt nu algemeen aanvaard dat non-refoulement ook van toepassing is aan de grens of op plaatsen van binnenkomst, zoals luchthavens of zeehavens. Ook ficties zoals internationale zones of transitzones doen geen afbreuk aan de verplichting tot non-refoulement in hoofde van Staten.<sup>252</sup> Ondanks deze ficties, hebben deze zones geen extraterritoriale status en bevindt elke daar aanwezige persoon zich onder de rechtsmacht van een Staat. Deze wijziging in statenpraktijk werd door de Asielprocedurerichtlijn 2005 geformaliseerd; de werking van de richtlijn wordt uitdrukkelijk van toepassing verklaard op alle verzoeken die op het grondgebied worden ingediend, daaronder begrepen aan de grens of in de transitzones van de lidstaten (art. 3, lid 1).

103. Door vluchtelingen op bovenvermelde wijzen aan de grens te weigeren, bestaat immers het risico dat de vluchteling terug wordt gestuurd naar de grenzen van het grondgebied waar zijn leven of vrijheid wordt bedreigd omdat een inhoudelijke beoordeling ontbreekt. Het non-refoulementbeginsel is immers niet alleen van toepassing op formeel erkende vluchtelingen, maar het is ook van toepassing op niet-formeel erkende vluchtelingen (m.a.w. asielzoekers),

---

<sup>248</sup> Zie G. GOODWIN-GILL en J. McADAM, *The Refugee in International Law*, supra noot 29, 206-207.

<sup>249</sup> Zie EHRM 2 mei 1997, nr. 30240/96, D/United Kingdom, par. 48: "Regardless of whether or not he ever entered the United Kingdom in the technical sense (...) it is to be noted that he has been physically present there and thus within the jurisdiction of the respondent State within the meaning of Article 1 of the Convention (...)"

<sup>250</sup> De rechtsleer put argumenten uit de tekst van art. 33 VN-Vluchtelingenverdrag, meer bepaald het gebruik van het woord 'refouler' in de Engelse en Franse tekst, waarmee het politieoptreden wordt beschreven t.a.v. het terugleiden van vreemdelingen aan de grens zonder formaliteiten, alsook het zinsdeel 'op welke wijze ook'. Voorts kan een lezing van art. 33 VN-Vluchtelingenverdrag in het licht van het voorwerp en doel van het Verdrag niet anders dan tot de conclusie leiden dat het non-refoulementbeginsel ook een niet-weigering aan de grens inhoudt. Zie P. WEIS, *The Refugee Convention, 1951 – The travaux préparatoires analysed with a commentary by dr. P. Weis*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, 341-342; E. LAUTERPAECHT en D. BETHLEHEM, "The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion", in E. FELLER, V. TÜRK en F. NICHOLSON (eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 113; N. COLEMAN, "Non-Refoulement Revised, Renewed Review of the Status of the Principle of Non-Refoulement as Customary International Law", *EJML* 2003, 40-41 en 44. Coleman meent dat er genoeg elementen voorhanden zijn om te stellen dat niet-weigering aan de grens geëvolueerd is tot een regionale norm van internationaal gewoonterecht in Europa; G. GOODWIN-GILL en J. McADAM, *The Refugee in International Law*, supra noot 29, 207-208; W. KÄLIN, M. CARONI en L. HEIM, "Article 33, para. 1 Prohibition of Expulsion or Return ('Refoulement')", in A. ZIMMERMAN (ed.), supra noot 25, 1367-1368; J. HATHAWAY, *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 315-317; G. NOLL, "Seeking Asylum at Embassies: A Right to Entry under International Law?", *IJRL* 2005, 549; K. WOUTERS, supra noot 65, 50-52; K. HAILBRONNER, "Non-Refoulement and 'Humanitarian' Refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking", *Va. J. Int'l L.* 1985, 862-866.

<sup>251</sup> Zie UN High Commissioner for Refugees, Thematic Compilation of Executive Committee Conclusions, January 2010, Fifth edition, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4bace8f2.html>, 13-14 met verwijzingen naar UNHCR, Executive Committee Conclusions no. 22 (1981), no. 81 (1998), no. 82 (1997), no. 85 (1998), no. 99 (2004) en 108 (2008).

<sup>252</sup> Zie EHRM 25 juni 1996, nr. 17/1995/523/609, *Amuur/Frankrijk*, par. 52: "Despite its name, the international zone does not have extraterritorial status."

tenminste zolang hun vluchtelingenstatus nog niet is bepaald.<sup>253</sup> Staten dienen uit te gaan van de veronderstelling dat elke asielzoeker een potentiële vluchteling is. Het weigeren van asielzoekers aan de grens doet dan ook afbreuk aan het *effet utile* van het non-refoulementbeginsel en ontnemt de vluchteling effectieve bescherming.<sup>254</sup>

104. In die zin spreekt CARLIER van “*un véritable droit d’asile provisoire pour le requérant. Ce droit se dégage du processus d’accès au statut de réfugié déjà précisé: pour avoir accès à la procédure d’éligibilité – d’octroi ou de refus du statut de réfugié - qui est de la compétence des Etats, le candidat réfugié doit, nécessairement, avoir accès au territoire d’un Etat.*”<sup>255</sup> Dit wordt ook wel eens omschreven als ‘*de facto asylum*’, dat evenwel geen daadwerkelijk recht van binnenkomst, verblijf of asiel behelst.<sup>256</sup> Immers, de statenpraktijk en de Asielprocedurerichtlijn 2005 tonen aan dat ten aanzien van asielaanvragen die aan de grens worden ingediend, deze ‘toegang’ tot het grondgebied zeer beperkt wordt opgevat. De Asielprocedurerichtlijn 2005 laat toe dat deze asielaanvragen via een ‘normale’ grensprocedure worden behandeld gedurende dewelke de asielzoekers verblijven in locaties aan de grens of in de transitzones (eventueel onder de vorm van een gesloten centrum) (art. 35, lid 1). Wanneer een Staat niet beschikt over zulke grensprocedures, dan mag die een specifieke procedure hanteren waarbij wordt beslist of een asielzoeker die aan de grens een aanvraag heeft ingediend, een tijdelijke toegang krijgt tot het grondgebied voor de verdere behandeling van zijn asielaanvraag (art. 35, lid 2).

## ii. De problematiek van de toegang tot het EU grondgebied

105. Er rijst echter een probleem wanneer het EU-asiel- en migratiebeleid de fysieke toegang tot het grondgebied van EU-lidstaten beperkt of verhindert. In dit kader wordt vaak verwezen naar het zgn. externaliseren of extra-territorialiseren alsook het privatiseren of *outsourcen* van het relevante EU-beleid, bv. door visa-controle, sancties voor vervoersmaatschappijen, enz. Daarnaast hebben samenwerkingsverbanden tussen lidstaten onderling, of tussen lidstaten en derde landen, veelal tot gevolg dat vreemdelingen worden afgeschrikt (*‘deterrence’*) om toegang tot bescherming op het EU grondgebied te zoeken. Deze samenwerkingsverbanden worden elders benoemd als “*cooperation-based mechanisms of non-entrée*”.<sup>257</sup>

---

<sup>253</sup> Zie G. GOODWIN-GILL en J. McADAM, *The Refugee in International Law*, supra noot 29, 232-233. E. LAUTERPACHT en D. BETHLEHEM, “The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion”, in E. FELLER, V. TÜRK en F. NICHOLSON, *Refugee Protection in International Law*, supra noot 250, 116-118. UN High Commissioner for Refugees, Executive Committee, Conclusion No. 6(1977), par.(c) bevestigt: “... *the fundamental importance of the principle of non-refoulement (...)* irrespective of whether or not individuals have been formally recognized as refugees.”

<sup>254</sup> UN High Commissioner for Refugees, Note on International Protection (submitted by the High Commissioner), 31 August 1993, A/AC.96/815, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68d5d10.html>, par. 11: “*Respect for the principle of non-refoulement requires that asylum-seekers, that is, persons who claim to be refugees, be protected against return to a place where their life or freedom might be threatened until their status as refugees has been reliably ascertained. Every refugee is, initially, also an asylum-seeker; therefore, to protect refugees, asylum-seekers must be treated on the assumption that they may be refugees until their status has been determined. Otherwise, the principle of non-refoulement would not provide effective protection for refugees, because applicants might be rejected at borders or otherwise returned to persecution on the grounds that their claim had not been established.*”

<sup>255</sup> J.-Y. CARLIER, *Droit des réfugiés*, Brussel, Story-Scientia, 1989, 34-36.

<sup>256</sup> HATHAWAY spreekt van een ‘*de facto duty to admit the refugee*’ waarbij hij onderlijnt dat deze verplichting in strikte zin moet worden toegepast, m.n. enkel t.a.v. gevallen waar een reëel risico bestaat dat een weigering van binnenkomst aan de grens de vreemdeling zal blootstellen aan vervolging. J. HATHAWAY, *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 301. Zie ook G. GOODWIN-GILL en J. McADAM, *The Refugee in International Law*, supra noot 29, 215-216; K. WOUTERS, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, supra noot 65, 324 e.v. Coleman gaat echter verder en spreekt over ‘*a right of entry for asylum seekers*’, N. COLEMAN, “Non-Refoulement Revisited, Renewed Review of the Status of the Principle of Non-Refoulement as Customary International Law”, supra noot 250, 41-42.

<sup>257</sup> J.C. HATHAWAY en T. GAMMELTOFT-HANSEN, “Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence”, *Law & Economics Working Papers*, 2014, Paper 106, [http://repository.law.umich.edu/law\\_econ\\_current/106](http://repository.law.umich.edu/law_econ_current/106), 64p.

De impact hiervan op de toegang tot bescherming is in de context van de Europese Unie zeer omstreden.<sup>258</sup>

106. In eerste orde kan de toegang van vluchtelingen tot bescherming worden beperkt door de interne EU-asiel- en migratiewetgeving, die doorwerking heeft in de landen en regio's van oorsprong. Voorbeelden daarvan zijn het visabeleid dat wordt toegepast ten aanzien van landen van oorsprong, het voorzien van sancties voor vervoersmaatschappijen wanneer ze een vreemdeling vervoeren zonder de nodige identiteits- en reisdocumenten of het plaatsen van nationale immigratieliasoambtenaren in het buitenland.<sup>259</sup> Ondanks de internationale verplichtingen t.a.v. de vluchteling, kan, door de externe effecten van algemene immigratievoorwaarden, de vluchteling gehinderd worden in zijn poging om het land van oorsprong te verlaten en elders bescherming te zoeken. Bepaalde rechtsleer stelt dat op basis van het beginsel van goede trouw, het recht om asiel te zoeken en te genieten pas zin heeft wanneer men ook het recht om zijn land te verlaten erkent<sup>260</sup>: "...States are also obliged to respect the right to leave to seek and enjoy asylum, and ought not to exercise their own rights to control the movement of people in such a way as to frustrate attempts to find effective protection."<sup>261</sup>

---

<sup>258</sup> Over de externe dimensie van het EU-asiel- en migratiebeleid bestaat veel (kritische) literatuur. Zie onder meer: C. BOSWELL, "The 'External Dimension' of EU Immigration and Asylum Policy," *International Affairs* 2003, 619-638; V. GUIRAUDON, "Before the EU Border: Remote Control of the 'Huddled Masses'" in K. GROENENDIJK, E. GUILD en P. MINDERHOUT (eds.), *In search of Europe's Borders*, Den Haag, Kluwer Law International, 2003, 191-214; S. LAVENEX en E. UCARER, "The External Dimension of Europeanization: The Case of Immigration Policies", *Cooperation and Conflict* 2004, 417-443; S. LAVENEX, "EU External Governance in 'Wider Europe,'" *Journal of European Public Policy* 2004, 680-700; D. BIGO en E. GUILD, "Policing At Distance: Schengen Visa Policies", in D. BIGO en E. GUILD (eds.), *Controlling frontiers: Free Movement Into and Within Europe*, Aldershot, Ashgate, 2005, 233-263; S. LAVENEX, "Shifting Up and Out: The Foreign Policy of European Immigration Control," *West European Politics*, 2006, 329-350; T.G. GAMMELTOFT-HANSEN, "Outsourcing Migration Management: EU, Power and the External Dimension of Asylum and Immigration Policy," Working paper No 2006/1, *Danish Institute for International Studies*, [www.diiis.dk](http://www.diiis.dk), 16 p.; C. RODIER, *Analysis of the External Dimension of the EU's Asylum and Immigration Policies: Summary and Recommendations for the European Parliament*, 8 June 2006, DT1619330EN.doc, 24 p.; T. FAIST en A. ETTE (eds.), *The Europeanization of National Policies and Politics of Immigration*, Houndmills, Palgrave Macmillan, 2007, 273p.; S. LAVENEX, "The External Face of Europeanization: Third Countries and International Organizations", in T. FAIST en A. ETTE (eds.), *The Europeanization of National Policies and Politics of Immigration*, Houndmills, Palgrave Macmillan, 2007, 246-264; J. RIJPMAN en M. CREMONA, "The Extra-Territorialisation of EU Migration Policies", EUI Working Papers, LAW 2007/01, <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/6690>, 24 p.; S. STERKX, "The External Dimension of EU Asylum and Migration Policy: Expanding Fortress Europe?," in J. ORBIE (ed.), *Europe's Global Role: External Policies of the European Union*, Aldershot, Ashgate, 2008, 117-138; B. MARTENCZUK, "Visa Policy and EU External Relations," in B. MARTENCZUK en S. VAN THIEL (eds.), *Justice, Liberty, Security: New Challenges to EU External Relations*, Brussels, VUBPress, 2008, 21-52; W. REES, "Inside Out: The External Face of EU Internal Security Policy", *Journal of European Integration* 2008, 97-111; T. BALZACQ, *The External Dimension of EU Justice and Home Affairs: Tools, Processes, Outcomes*, CEPS working document no. 303, September 2008, [www.ceps.eu](http://www.ceps.eu), September 2008; V. MITSILEGAS, "Extraterritorial Immigration Control in the 21<sup>st</sup> Century: The Individual and the State Transformed", in B. RYAN en V. MITSILEGAS, *Extraterritorial Immigration Control*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 39-65; M. MAES, M.-C. FOLETS, Ph. DE BRUYCKER, D. VANHEULE en J. WOUTERS, *External Dimensions of EU Migration and Asylum Law and Policy*, Brussel, Bruylant, 2011, 588 p.; T.G. GAMMELTOFT-HANSEN, *Access to Asylum: International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 284p.

<sup>259</sup> Zie bijvoorbeeld Richtl.Raad nr. 2001/51/EG, 28 juni 2001 tot aanvulling van het bepaalde in artikel 26 van de Overeenkomst ter uitvoering van het Akkoord van Schengen van 14 juni 1985, *Pb.L.* 10 juli 2001, afl. 187, 45 en Verord.Raad nr. 377/2004/EG, 19 februari 2004 betreffende de oprichting van een netwerk van immigratieverbindingfunctionarissen, *Pb.L.* 2 maart 2004, afl. 64, 1. Zie ook M. GARLICK en J. KUMIN, "Seeking Asylum in the EU: Disentangling Refugee Protection from Migration Control" in B. MARTENCZUK en S. VAN THIEL (eds.), *Justice, Liberty, Security: New Challenges to EU External Relations*, Brussels, VUBPress, 2008, 111-144; B. RYAN, "Extraterritorial Immigration Control: What Role for Legal Guarantees?", in B. RYAN en V. MITSILEGAS, *Extraterritorial Immigration Control*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 3-37; V. MORENO-LAX, "(Extraterritorial) Entry Controls and (Extraterritorial) Non-Refoulement in EU law", in M. MAES, M.-C. FOLETS, Ph. DE BRUYCKER, D. VANHEULE, J. WOUTERS en N. SMITH, *The External Dimensions of EU Asylum and Migration Law and Policy*, Brussel, Bruylant, 2011, 415-481.

<sup>260</sup> Zie art. 12 (2) Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en art. (2), protocol nr. 4 EVRM.

<sup>261</sup> G. GOODWIN-GILL en J. McADAM, *The Refugee in International Law*, *supra* noot 29, 383; G. GOODWIN-GILL, "The Right to Leave, the Right to Return and the Question of a Right to Remain", in V. GOWLLAND-DEBBAS, *The Problem of Refugees in the Light of Contemporary International Law Issues*, Den Haag, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, 95-100.



107. In tweede orde heeft de integratie van het EU-asiel- en migratiebeleid als beleidsobjectief in de externe relaties van de EU geleid tot een toename in het afsluiten van samenwerkingsakkoorden inzake migratie door EU met derde landen van oorsprong of transit.<sup>262</sup> Het aangaan van samenwerkingsverbanden met derde landen maakt deel uit van de coherente en alomvattende benadering die de EU in het asiel- en migratievraagstuk nastreeft. De zgn. “*Global Approach on migration and mobility*” werkt complementair aan het EU-buitenlands beleid en het EU-beleid inzake ontwikkelingssamenwerking. Het biedt een antwoord op uitdagingen in vier domeinen: het organiseren en bevorderen van legale migratie en mobiliteit; het voorkomen en verminderen van illegale migratie en mensenhandel; het bevorderen van internationale bescherming en het maximaliseren van aspecten van ontwikkelingssamenwerking inzake migratie en mobiliteit.<sup>263</sup> Dit EU-beleid zou als bescherming in een bredere zin kunnen worden begrepen, maar in de praktijk ligt er voornamelijk een grote nadruk op het voorkomen van illegale immigratie. Ook op bilateraal niveau is er een toename van samenwerkingsakkoorden tussen individuele EU-lidstaten en derde landen vast te stellen.<sup>264</sup> Deze tendens doet evenzeer vragen rijzen naar de impact van dit extern beleid op de toegang van vreemdelingen tot bescherming en voedt het idee dat de EU via extern beleid migratiestromen reeds vanaf het punt van oorsprong wil controleren en reguleren.<sup>265</sup>

108. In derde orde is de problematiek van toegang tot bescherming in de EU momenteel het scherpst met betrekking tot de bewaking van de buitengrenzen van de EU, zoals bv. de inwerkingstelling van Eurosur, het Europees grensbewakingssysteem.<sup>266</sup> Ook de zgn. Frontex<sup>267</sup>-gecoördineerde operaties in de Middellandse Zee worden bekritiseerd omdat, in de context van gemengde migratiestromen, de toegang van vluchtelingen tot bescherming wordt

<sup>262</sup> Vooral een algemeen overzicht zie M. MAES, D. VANHEULE, J. WOUTERS en M.-C. FOLETS, “The International Dimension of EU Asylum and Migration Policy: Framing the Issues”, in M. MAES, M.-C. FOLETS, Ph. DE BRUYCKER, D. VANHEULE, J. WOUTERS en N. SMITH, *The External Dimensions of EU Asylum and Migration Law and Policy*, Brussel, Bruylant, 2011, 9-60. Een controversieel voorbeeld hiervan is de samenwerking die de EU tracht op te zetten met Libië, een belangrijk transitland voor gemengde migratiestromen.

<sup>263</sup> Zie Commissie van de Europese Gemeenschappen, Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de regio's over de totaalaanpak van migratie en mobiliteit, 18 november 2011, COM(2011) 743 final.

<sup>264</sup> Zie P. GARCIA ANDRADE, A. DI PASCALE en A. SARRAJ, “L'importance des relations bilatérales entre États membres et pays tiers en matière d'immigration : une analyse de l'action extérieure de l'Espagne, la France et l'Italie”, in M. MAES, M.-C. FOLETS, Ph. DE BRUYCKER, D. VANHEULE, J. WOUTERS en N. SMITH, *The External Dimensions of EU Asylum and Migration Law and Policy*, Brussel, Bruylant, 2011, 251-339. S. CARRERA en R. HERNANDEZ I SAGRERA, *The externalisation of the EU's labour immigration policy. Towards mobility or insecurity partnerships*, working document no. 321, Centre for European policy studies, www.ceps, oktober 2009, 40p. V. CHETAIL, “Paradigm and paradox of the migration-development nexus: the new border for the north-south dialogue”, *German Yearbook of international law*, 2008, 183-215. E. COLLET, “The 'Global approach to migration': rhetoric or reality?”, *European Journal Centre policy brief*, november 2007, www.epc.eu, 4p. S. LAVENEX en R. KUNZ, “The migration-development nexus in EU external relations”, *European Integration* 2008, 439-457. R. PARKES, “EU Mobility Partnerships: A Model of Policy Coordination?”, *EJML* 2009, 327-345.

<sup>265</sup> Een extreem voorbeeld van hoe men tracht de gemengde migratiestromen in de regio's van oorsprong te houden, is het idee dat in 2003 in de EU opdook om asielaanvragen in de regio's van oorsprong/transit te behandelen (het zgn. ‘*extraterritorial processing*’). Zie hierover meer in G. NOLL, “Visions of the Exceptional: Legal and Theoretical Issues Raised by Transit Processing Centres and Protection Zones”, *EJML* 2003, 303-341; D. MCKEEVER, J. SCHULTZ en S. SWITHERN, *Foreign Territory: The Internationalization of EU Asylum Policy*, Oxford, Oxfam GB, 2005, 131p.; M. GARLICK, “The EU Discussions on Extraterritorial Processing: Solution or Conundrum”, *IJRL* 2006, 601-629; A. FRANCIS, “Bringing Protection Home: Healing the Schism Between International Obligations and National Safeguards Created by Extraterritorial Processing”, *supra* noot 200, 275-277; M. GARLICK, “EU ‘Regional Protection Programmes’: Development and Prospects”, in M. MAES, M.-C. FOLETS, Ph. DE BRUYCKER, D. VANHEULE, J. WOUTERS en N. SMITH, *The External Dimensions of EU Asylum and Migration Law and Policy*, Brussel, Bruylant, 2011, 371-386.

<sup>266</sup> Verord. Parlement en Raad nr. 1052/2013/EU, 22 oktober 2013 tot instelling van het Europees grensbewakingssysteem (Eurosur), *Pb L* 6 november 2013, afl. 295, 11 e.v. Zie ook E. GUILD en D. BIGO, “The Transformation of European Border Controls”, in B. RYAN en V. MITSILEGAS, *Extraterritorial Immigration Control*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 257-278.

<sup>267</sup> Verord. Raad nr. 2007/2004/EG, 26 oktober 2004 tot oprichting van een Europees agentschap voor het beheer van de operationele samenwerking aan de buitengrenzen van de lidstaten van de Europese Unie, *Pb L* 25 november 2004, afl. 349, 1.

verhinderd, onder meer door het onderscheppen van bootvluchtelingen vóór ze territoriale wateren bereiken (de zgn. ‘12-mijlszone’). De onderschepping kan gepaard gaan met het terugleiden van de bootvluchtelingen naar de haven van vertrek, het verhinderen van de passage naar de bedoelde haven van bestemming of het afleiden van de boot naar een derde haven (zgn. ‘push-backs’).<sup>268</sup> Volgens de EU-lidstaten is dit beleid geheel conform een vaststaand beginsel in het internationaal gewoonterecht, nl. dat de Staat een prerogatief op de migratiecontrole heeft, wat wil zeggen dat het de soevereine bevoegdheid heeft om de binnenkomst, het verblijf en de verwijdering van vreemdelingen te controleren.<sup>269</sup> De vraag is of de EU-lidstaten, ondanks dit beleid van *preventieve* migratiecontrole, d.w.z. dat zij voorkomen dat migratiestromen het grondgebied van de EU bereiken, niet nog steeds gehouden zijn om het non-refoulementbeginsel te eerbiedigen.

### iii. Het non-refoulement beginsel en extraterritoriale werking

109. Er bestaat dus onenigheid of bovenstaande ‘afwijkingstechnieken’ in strijd zijn met het non-refoulementbeginsel in het VN-Vluchtelingenverdrag. Staten gaan, op basis van de ontstaansgeschiedenis van het VN-Vluchtelingenverdrag, ervan uit dat het non-refoulementbeginsel, zoals neergelegd in artikel 33, alvast niet in werking treedt wanneer de vluchteling zich nog in het land van oorsprong bevindt omdat er dan nog geen sprake is van terugsturen.<sup>270</sup> Ook het UNHCR-Handboek betreffende de procedures en criteria voor de bepaling van de vluchtelingenstatus bepaalt dat “*international protection cannot come into play as long as a person is within the territorial jurisdiction of his home country.*”<sup>271</sup>

110. De rechtsleer argumenteert echter dat bovenstaande voorbeelden van wetgeving, beleid en praktijk de grenzen van het grondgebied van een Staat als het ware ‘verleggen’ (*remote*

<sup>268</sup> Dit probleem wordt versterkt door het feit dat het internationaal zeerecht niet verduidelijkt waar onderschepte vreemdelingen moeten worden ontscheept, noch op duidelijke wijze de verantwoordelijkheid voor deze onderschepte vreemdelingen toewijst. Daarnaast worden verplichtingen voor zoek- en reddingsacties verschillend geïnterpreteerd, alsook de verplichtingen die voortvloeien uit de mensenrechten en het vluchtelingenrecht. Zie hierover: Th. SPIJKERBOER, “Stretching the Limits. European Maritime Border Control Policies and International Law”, in M. MAES, M.-C. FOLETS, Ph. DE BRUYCKER, D. VANHEULE, J. WOUTERS en N. SMITH, *The External Dimensions of EU Asylum and Migration Law and Policy*, Brussel, Bruylant, 2011, 387-413; V. MORENO-LAX, “Seeking Asylum in the Mediterranean: Against a Fragmentary Reading of EU Member States’ Obligations Accruing at Sea”, *IJRL*, 2011, 174-220; E. PAPASTAVRIDIS, “‘Fortress Europe’ and FRONTEX: Within or Without International Law”, *Nordic Journal of International Law* 2010, 75-111; A. KLUG en T. HOWE, “The Concept of State Jurisdiction and the Applicability of the Non-Refoulement Principle to Extraterritorial Interception Measures”, in B. RYAN en V. MITSILEGAS, *Extraterritorial Immigration Control*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 69-101; R. BARNES, “The International Law of the Sea and Migration Control”, in B. RYAN en V. MITSILEGAS, *Extraterritorial Immigration Control*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 103-149; A. BALDACINI, “Extraterritorial Border Controls in the EU: The Role of Frontex in Operations at Sea”, in B. RYAN en V. MITSILEGAS, *Extraterritorial Immigration Control*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 229-255; V. MORENO-LAX, “The EU Regime on Interdiction, Search and Rescue, and Disembarkation: The Frontex Guidelines for Intervention at Sea”, *The International Journal of Maritime and Coastal Law*, 2010, 621-635; A. FISCHER-LESCANO, T. LÖHR en T. TOHIDIPUR, “Border Controls at Sea: Requirements under International Human Rights and Refugee Law”, *IJRL* 2009, 256-296; R. WEINZIERL en U. LISSON, *Border Management and Human Rights, A study of EU Law and the Law of the Sea*, Berlin, German Institute for Human Rights, 2007, 95p. Zie tevens: G. GOODWIN-GILL, “The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement”, Inaugurale lezing gegeven in het Paleis der Academiën te Brussel op 16 februari 2011 (tekst bij auteur).

<sup>269</sup> I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, supra noot 67, 498. R. JENNINGS en A. WATTS (eds.), *Oppenheim’s International Law – volume 1 Peace*, Harlow, Longman, 1992, 897-898. L. OPPENHEIM, *International Law, A Treatise*, supra noot 26, 616. Dit is ook het klassieke standpunt dat door het EHRM wordt vertolkt. Zie o.m. EHRM 30 oktober 1991, nrs. 45/1990/236/302-306, *Cruz Varas en anderen/Verenigd Koninkrijk*, par. 102: “*At the outset, the Court observes that Contracting States have the right, as a matter of well-established international law (...) to control the entry, residence and expulsion of aliens (...). Moreover, it must be noted that the right to political asylum is not contained in either the Convention or its Protocols.*”

<sup>270</sup> Zie uitspraak van House of Lords in UKHL, *Regina v. Immigration Officer at Prague airport and another (Respondents) ex parte European Roma Rights Centre and other (Appellants)*, [2004] UKHL 55, par. 26 (Lord Bingham) en par. 43 (Lord Steyn) waarin werd gesteld dat artikel 33 VN-Vluchtelingenverdrag enkel van toepassing is op het grondgebied van een Staat of aan de grens van een Staat.

<sup>271</sup> UNHCR Handboek, supra noot 112, par. 88.

*control/pushing back frontiers*).<sup>272</sup> Volgens MORENO-LAX is het probleem vandaag, ondanks het doel dat de opstellers van het VN-Vluchtelingenverdrag zestig jaar geleden voor ogen hadden, dan ook “*to determine in the light of ‘present day conditions’ where borders begin and how jurisdiction is to be determined*”.<sup>273</sup> Het is dus duidelijk dat waar Staten menen dat het optrekken van nieuwe administratieve grenzen en het uitoefenen van hun soevereiniteit buiten hun grondgebied niet gepaard gaat met een parallelle verantwoordelijkheid, dit door bepaalde rechtsleer niet wordt ondersteund.<sup>274</sup>

111. Een interpretatie van het VN-Vluchtelingenverdrag in het licht van de beginselen van goede trouw en effectiviteit, kan enkel tot de conclusie leiden dat aan het non-refoulementbeginsel eveneens een extraterritoriale werking moet worden verleend.<sup>275</sup> De rechtsleer wijst erop dat, in tegenstelling tot de uitoefening van andere rechten in het VN-Vluchtelingenverdrag, de toepassing van het non-refoulementbeginsel niet territoriaal werd beperkt. Het non-refoulementbeginsel in het VN-Vluchtelingenverdrag verbiedt immers het terugsturen van de vluchteling ‘*op welke wijze ook*’. Maatregelen die tot gevolg hebben dat verplichtingen van een Staat worden vermeden, zijn dan ook niet ter goeder trouw. Daarvoor wordt gekeken naar het praktische effect van de handeling van de Staat, niet naar de bedoeling of de motivatie.<sup>276</sup>

112. Een tweede argument wordt geput uit de algemene beginselen van het internationaal gewoonterecht inzake staatsaansprakelijkheid voor internationale/extraterritoriale handelingen (internationale/extraterritoriale aansprakelijkheid). Op basis daarvan kan een Staat aansprakelijk worden gesteld indien die een internationaalrechtelijke verplichting heeft geschonden en deze aan de Staat toeschrijfbaar en toerekenbaar is.<sup>277</sup> Aldus wordt geargumenteed dat wanneer het gedrag (dit kan bestaan uit een handeling of verzuim) van een Staat tot gevolg heeft dat een vluchteling wordt gedwongen naar een plaats te gaan waar zijn leven of vrijheid wordt bedreigd, de aansprakelijkheid van die Staat onder artikel 33 VN-Vluchtelingenverdrag in het gedrang komt.<sup>278</sup> Volgens WOUTERS is daarbij van belang: “*The extent by which the State party has actual control or authority over the refugee and his rights to be protected from refoulement is essential to assess extra-territorial responsibility.*” Immigratieambtenaren of diplomatiek personeel op post in het buitenland vallen onder deze

---

<sup>272</sup> E. BROUWER, “Extraterritorial Migration Control and Human Rights: Preserving the Responsibility of the EU and its Member States”, in B. RYAN en V. MITSILEGAS, *Extraterritorial Immigration Control*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 199-228.

<sup>273</sup> V. MORENO-LAX, “Must EU Border Have Doors for Refugees? On the Compatibility of Schengen Visas and Carriers’ Sanctions with EU Member States’ Obligation to Provide International Protection to Refugees”, *EJML*, 2008, 333.

<sup>274</sup> M. DEN HEIJER, “Europe Beyond its Borders: Refugee and Human Rights Protection in Extraterritorial Immigration Control”, in B. RYAN en V. MITSILEGAS, *Extraterritorial Immigration Control*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 169-198.

<sup>275</sup> Zie A. FRANCIS, “Bringing Protection Home: Healing the Schism Between International Obligations and National Safeguards Created by Extraterritorial Processing”, *supra* noot 200, 275-277; G. GOODWIN-GILL en J. McADAM, *The Refugee in International Law*, *supra* noot 29, 244-253; E. LAUTERPACHT en D. BETHLEHEM, “The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion”, in E. FELLER, V. TÜRK en F. NICHOLSON, *Refugee Protection in International Law*, *supra* noot 250, 110-111; J. HATHAWAY, *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 335-342; E. PAPASTAVRIDIS, “Interception of Human Beings on the High Seas: A Contemporary Analysis Under International Law”, *Syracuse J. Int’l L en Com.* 2009, 218-220.

<sup>276</sup> G. GOODWIN-GILL en J. McADAM, *The Refugee in International Law*, *supra* noot 29, 387-390; I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, *supra* noot 67, 425-430 en 444.

<sup>277</sup> Zie onder meer Draft Articles on Responsibilities of States for Internationally Wrongful Act, aangenomen door de International Law Commission van de Verenigde Naties op 31 mei 2001.

<sup>278</sup> In die zin, zie E. LAUTERPACHT en D. BETHLEHEM, “The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion”, in E. FELLER, V. TÜRK en F. NICHOLSON, *Refugee Protection in International Law*, *supra* noot 250, 159-160.

staatsaansprakelijkheid, evenals, volgens WOUTERS, particulariseren, zoals luchthavenpersoneel, wanneer ze handelen in uitvoering van overheidsgezag.<sup>279</sup>

113. Tenslotte worden ook nog argumenten geput uit de rechtspraak van het EHRM over de extraterritoriale werking van het EVRM. Artikel 3 EVRM (verbod op foltering, onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing) is in dit kader van belang: het artikel zelf houdt geen uitdrukkelijk refoulementverbod in, maar het EHRM heeft op basis van dit artikel doorheen zijn omstandige rechtspraak een verbod op refoulement ontwikkeld.<sup>280</sup> Het is dit non-refoulementbeginsel dat het prerogatief op migratiecontrole substantieel kan inperken.<sup>281</sup> Zoals reeds vermeld is het EHRM van toepassing op elke persoon die zich bevindt onder de rechtsmacht van een verdragsluitende Staat. Het komt er dus op aan om te bepalen wat onder 'rechtsmacht' wordt bedoeld. De rechtsleer onderscheidt twee situaties in de rechtspraak van het EHRM die aanleiding kunnen geven tot de extraterritoriale werking van het EVRM.<sup>282</sup> Een eerste situatie doet zich voor wanneer een verdragsluitende Staat effectieve algemene controle uitoefent over een gebied buiten zijn grenzen. In een tweede situatie wordt de rechtsmacht van een verdragsluitende Staat niet enkel territoriaal ingevuld, maar wordt er tevens gekeken naar de uitoefening van *de facto* en *de jure* gezag of controle door een Staat over personen. Op basis van deze redenering kan een Staat verantwoordelijk worden gesteld voor een gedraging, aan de Staat toe te rekenen, die gevolgen heeft gehad of die werd gesteld buiten het grondgebied van de Staat.<sup>283</sup>

114. Het EHRM heeft, in de zaak *Hirsi Jamma e.a. v. Italië*, zijn rechtspraak op dit punt recent nog verduidelijkt en in algemene principes geformuleerd.<sup>284</sup> Algemeen geldt dat een verdragsluitende Staat verantwoordelijk is om de rechten en vrijheden van het Verdrag aan ieder die onder zijn rechtsmacht valt, te verzekeren. De uitoefening van rechtsmacht is een noodzakelijke voorwaarde om een verdragsluitende Staat verantwoordelijk te kunnen houden voor handelingen of toeschrijfbare nalatigheden die aanleiding geven tot een beweerde schending van rechten en vrijheden in het Verdrag. Deze rechtsmacht wordt hoofdzakelijk territoriaal ingevuld en wordt uitgeoefend voor wat betreft het gehele grondgebied van een Staat. Uitgaande van een hoofdzakelijk territoriaal begrip van rechtsmacht, aanvaardt het Hof

---

<sup>279</sup> WOUTERS volgt daarin J. HATHAWAY, *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 340. Zie K. WOUTERS, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, *supra* noot 65, 53-56 en 18-22; G. GOODWIN-GILL en J. McADAM, *The Refugee in International Law*, *supra* noot 29, 385-387. Komt ook tot die conclusie: T. Gammeltoft-Hansen, *Access to Asylum: International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 158-208. Gammeltoft-Hansen baseert zich onder meer op de Draft Articles on Responsibilities of States for Internationally Wrongful Act aangenomen door de International Law Commission van de Verenigde Naties op 31 mei 2001.

<sup>280</sup> Voor een omstandige analyse van het non-refoulementbeginsel zoals ontwikkeld door het EHRM op basis van artikel 3 EVRM, zie K. WOUTERS, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, *supra* noot 65, 187-345. Aan de basis van deze rechtspraak liggen twee arresten van het EHRM waarin het non-refoulementbeginsel voor het eerst werd aanvaard in het kader van een uitlevering, EHRM 7 juli 1989, nr. 14038/88, *Soering v. Verenigd Koninkrijk*, par. 91: "In so far as any liability under the Convention is or may be incurred, it is liability incurred by the extraditing Contracting State by reason of its having taken action which has as a direct consequence the exposure of an individual to proscribed ill-treatment," alsook in het kader van een asielaanvraag, EHRM 20 maart 1991, nr. 15576/89, *Cruz Varas v. Zweden*, par. 76: "Since the nature of the Contracting States' responsibility under Article 3 (art. 3) in cases of this kind lies in the act of exposing an individual to the risk of ill-treatment."

<sup>281</sup> Par. 102 EHRM in de zaak *Cruz Varas* (zie *supra* noot 269) luidt dan ook volledig: "At the outset, the Court observes that Contracting States have the right, as a matter of well-established international law and subject to their treaty obligations including Article 3, to control the entry, residence and expulsion of aliens (...)."

<sup>282</sup> Zie hierover K. WOUTERS, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, *supra* noot 65, 53-205-221 en Th. SPIJKERBOER, "Stretching the Limits. European Maritime Border Control Policies and International Law", in M. MAES, M.-C. FOLETS, Ph. DE BRUYCKER, D. VANHEULE, J. WOUTERS en N. SMITH, *The External Dimensions of EU Asylum and Migration Law and Policy*, Brussel, Bruylant, 2011, 390-394.

<sup>283</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM 12 mei 2005, nr. 46221/99, *Öcalan/Turkije*; EHRM 16 november 2004, nr. 31821/96, *Issa e.a./Turkije*. Zie ook EHRM 30 juni 2009, nr. 61498/08, *Al-Saadoon en Mufdhi v. Verenigd Koninkrijk* (onontvankelijkheidsbeslissing), par. 84-88 en EHRM 7 juli 2011, nr. 27021/08, *Al-Jedda v. Verenigd Koninkrijk*, par. 85.

<sup>284</sup> EHRM 23 februari 2012, nr. 27765/09, *Hirsi Jamaa e.a. v. Italië*, par. 70-75.

enkel in uitzonderlijke gevallen dat handelingen van Staten die werden uitgeoefend of gevolgen sorteerden buiten hun grondgebied eveneens een uitoefening van rechtsmacht kunnen vormen, binnen de betekenis van artikel 1 EVRM.<sup>285</sup> Zo oordeelde het Hof dat, rekening houdend met het voorwerp en doel van het Verdrag, een Staat verantwoordelijk is wanneer het als gevolg van een rechtmatige of onrechtmatige militaire actie, daadwerkelijk controle uitoefent over een gebied buiten het eigen grondgebied.<sup>286</sup> Hiervan is echter geen sprake wanneer het enkel gaat om een kortstondige (*instantaneous*) extraterritoriale handeling.<sup>287</sup>

Of er uitzonderlijke omstandigheden bestaan die aanleiding geven tot de vaststelling van een extraterritoriale verantwoordelijkheid, moet worden beoordeeld in het licht van de bijzondere feiten van elk geval, zoals de volle en exclusieve controle over een gevangenis<sup>288</sup> of over een schip.<sup>289</sup> Aldus: *“Whenever the State through its agents operating outside its territory exercises control and authority over an individual, and thus jurisdiction, the State is under an obligation under Article 1 to secure to that individual the rights and freedoms under Section 1 of the Convention that are relevant to the situation of that individual. In this sense, therefore, the Court has now accepted that Convention rights can be “divided and tailored.”*<sup>290</sup> Met andere woorden, deze extraterritoriale verantwoordelijkheid houdt niet in dat Staten gehouden zijn om alle soorten rechten te verzekeren. De rechten die verzekerd moeten worden zijn nauw verbonden met het soort gezag en de controle die wordt uitgeoefend in een extraterritoriaal kader. Daarnaast erkent het Hof dat ook in andere gevallen er sprake kan zijn van extraterritoriale uitoefening van rechtsmacht door een verdragsluitende Staat. Dit is onder meer het geval voor handelingen gesteld door diplomatieke of consulaire functionarissen van een Staat in het buitenland of met betrekking tot schepen of vliegtuigen die varen of vliegen onder de vlag van die Staat. In deze specifieke gevallen heeft het Hof de extraterritoriale uitoefening van de rechtsmacht van een Staat erkend op basis van het internationaal gewoonterecht en internationale verdragsbepalingen.<sup>291</sup>

---

<sup>285</sup> EHRM 12 december 2001, nr. 55207/99, *Bankovic e.a./België en 16 andere verdragsluitende staten* (onontvankelijkheidsbeslissing), par. 67.

<sup>286</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM 23 maart 1995, nr. 15318/89, *Loizidou/Turkije*, par. 62.

<sup>287</sup> Zie EHRM 12 december 2001, nr. 55207/99, *Bankovic e.a./België en 16 andere verdragsluitende staten* (onontvankelijkheidsbeslissing), par. 75-80. In april 1999 vernietigden NAVO-bombardementen tijdens de Kosovocrisis het Servische radio- en televisiestation. Zestien personen werden gedood en zestien personen raakten ernstig gewond. Hun familieleden brachten een grief aan bij het Hof wegens schending van o.m. artikel 2 EVRM (recht op leven). Het Hof oordeelde hier heel strikt en besloot dat er geen voldoende rechtsmacht-verband (*‘jurisdictional link’*) was tussen de slachtoffers en de verwerende staten. Er werd immers geen daadwerkelijke controle uitgeoefend over Servië. Het Hof voegde eraan toe dat het EVRM in hoofdzaak een regionaal verdrag is dat van toepassing is in de *‘espace juridique’* van de verdragsluitende staten. Het EVRM *“was not designed to be applied throughout the world, even in respect of the conduct of Contracting States”*. Bijgevolg werd de grief onontvankelijk verklaard.

<sup>288</sup> EHRM 7 juli 2011, nr. 55721/07, *Al-Skeini e.a. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 132. Zie ook EHRM 30 juni 2009; nr. 61498/08, *Al-Saadoon en Mufdhi v. Verenigd Koninkrijk* (onontvankelijkheidsbeslissing) en EHRM 7 juli 2011, nr. 27021/08, *Al-Jedda v. Verenigd Koninkrijk*.

<sup>289</sup> EHRM 29 maart 2010, nr. 3394/03, *Medvedyev e.a. v. Frankrijk*, par. 67.

<sup>290</sup> EHRM 23 februari 2012, nr. 27765/09, *Hirsi Jamaa e.a. v. Italië*, par. 74 met verwijzing EHRM 7 juli 2011, nr. 55721/07, *Al-Skeini e.a. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 136-137.

<sup>291</sup> EHRM 23 februari 2012, nr. 27765/09, *Hirsi Jamaa e.a. v. Italië*, par. 74 met verwijzing naar EHRM 12 december 2001, nr. 55207/99, *Bankovic e.a./België en 16 andere verdragsluitende staten* (onontvankelijkheidsbeslissing), par. 73. Zie bijvoorbeeld Europese Commissie Mensenrechten 14 oktober 1992, nr. 17392/90, *W.M./Denemarken* (onontvankelijkheidsbeslissing). Deze zaak betrof een onderdaan van de voormalige Duitse Democratische Republiek (Oost-Duitsland) die bescherming zocht in een Deense ambassade. Hij werd echter door de Deense ambassadeur overhandigd aan de Oost-Duitse politie. De Oost-Duitse onderdaan klaagde een schending van zijn rechten onder artikel 5 EVRM aan. De Europese Commissie Mensenrechten stelde: *“It is clear, in this respect, from the constant jurisprudence of the Commission that authorized agents of a State, including diplomatic or consular agents, bring other persons or property within the jurisdiction of that State to the extent that they exercise authority over such persons or property. In so far as they affect such persons or property by their acts or omissions, the responsibility of the State is engaged.”* De Commissie was akkoord *“that the acts of the Danish ambassador complained of affected persons within the jurisdiction of the Danish authorities within the meaning of Article 1 of the Convention”* en herinnerde eraan dat *“an act or omission of a Party to the Convention may exceptionally engage the responsibility of that State for acts of a State not party to the Convention where the person in question had suffered or risks suffering a flagrant denial of the guarantees and rights secured to him under the Convention.”*

115. Op grond van al deze argumenten kan men besluiten dat het non-refoulementbeginsel ook buiten het grondgebied van de verdragsluitende Staten moet worden gewaarborgd. Het Hof bevestigde dit in de zaak *Hirsi Jamaa e.a. v. Italië*.<sup>292</sup> Deze zaak betrof 11 Somaliërs en 13 Eritreërs die deel uitmaakten van een groep van 200 vluchtelingen die Libië in 2009 verlieten aan boord van drie boten met Italië als bestemming. De boten werden onderschept door de Italiaanse kustwacht in de zgn. ‘*search and rescue*’-zone van Malta. De vluchtelingen werden overgescheept op Italiaanse militaire boten en teruggevoerd naar Libië (een zgn. ‘*push back operation on high seas*’). De verzoekers beweerden blootgesteld te zijn geweest aan een risico op slechte behandeling in Libië alsook aan het risico op indirect refoulement naar hun landen van herkomst. Het Hof oordeelde dat deze vluchtelingen wel degelijk onder de rechtsmacht vielen van Italië. Immers, in overeenstemming met het internationaal zeerecht, zijn schepen die varen op volle zee onderworpen aan de exclusieve rechtsmacht van de Staat onder wiens vlag ze varen. Bovendien hadden de beweerde feiten bijna geheel plaatsgevonden op de schepen van het Italiaanse leger waarvan de bemanning uitsluitend uit Italiaans militair personeel was samengesteld, zodat “*in the period between boarding the ships of the Italian armed forces and being handed over to the Libyan authorities, the applicants were under the continuous and exclusive de jure and de facto control of the Italian authorities.*”<sup>293</sup> Het Hof onderzocht of er sprake was van directe en/of indirecte refoulement. Het Hof gaf aan zich bewust te zijn van de druk op Staten als gevolg van de toenemende migratiestromen en niet te onderschatten welke last die plaatst op Staten in tijden van economische crisis. Het is zich in het bijzonder bewust van de moeilijkheden in het kader van de migratiestromen die zich via de Middellandse Zee voordoen, maar het merkte op dat dit een Staat niet vrijstelt van zijn non-refoulementverplichting onder artikel 3 EVRM.

Rekening houden met talrijke internationale rapporten, oordeelde het Hof dat Libië geen onderscheid maakt tussen illegaal verblijvende migranten en asielzoekers, dat het beide groepen systematisch arresteerde en vasthield in onmenselijke omstandigheden, en dat er gevallen werden gerapporteerd van foltering. In de omstandigheid dat ze toch zouden worden vrijgelaten op Libisch grondgebied, was er een reëel risico dat ze blootgesteld zouden worden aan bijzonder preciaire leefomstandigheden en racisme. Italië hield vol dat Libië een veilige bestemming was en dat Libië zijn internationale engagementen inzake asiel nakwam. Echter, het bestaan van het nationaal recht en de ratificatie van de internationale verdragen inzake fundamentele rechten zijn op zich niet genoeg om een afdoende bescherming tegen een risico op slechte behandeling te verzekeren. Betrouwbare bronnen hadden praktijken gemeld die in strijd zijn met de beginselen van het EVRM en de aanwezigheid van UNHCR in Libië was nooit erkend door de Libische overheden. Italië kan zijn verantwoordelijkheden niet ontlopen door te verwijzen naar verplichtingen die voortvloeien uit bilaterale verdragen tussen Italië en Libië.

De algemene situatie in Libië was welbekend en het Hof oordeelde dat wanneer de verzoekers werden verwijderd, de Italiaanse overheden wisten of hadden moeten weten dat ze, als illegaal verblijvende migranten, in Libië zouden worden blootgesteld aan een behandeling strijdig met het EVRM en dat ze geen enkele vorm van bescherming in dat land zouden verkrijgen. Het feit dat de verzoekers niet uitdrukkelijk om asiel hadden gevraagd ontslaat Italië niet van zijn

---

<sup>292</sup> Eerder werd deze problematiek oppervlakkig aangeraakt in EHRM 11 januari 2001, nr. 39473/98, *Xhavara en 12 anderen/Italië en Albanië*. Deze zaak betrof een groep Albanezen die op illegale wijze per boot Italië trachtten te bereiken. Een Italiaans oorlogsschip bracht, buiten de Italiaanse territoriale wateren, hun boot zoveel schade toe dat het zonk. Achterenvijftig passagiers verdronken daarbij. De grief m.b.t. de schending van artikel 2 EVRM werd onontvankelijk verklaard omdat nationale rechtsmiddelen niet waren uitgeput. Van belang is echter dat het Hof nergens stelt dat de slachtoffers zich niet op het grondgebied van Italië bevonden. Het Hof leek dus impliciet niet uit te sluiten dat Italië als verdragsluitende Staat een verantwoordelijkheid had in deze zaak, ongeacht of de feiten zich voordeden binnen of buiten territoriale wateren.

<sup>293</sup> EHRM 23 februari 2012, nr. 27765/09, *Hirsi Jamaa e.a. v. Italië*, par. 81.

verantwoordelijkheid. Tenslotte hechtte het Hof veel belang aan het feit dat het non-refoulementbeginsel ook wordt gewaarborgd in artikel 19, lid 2, van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (*‘Bescherming bij verwijdering, uitzetting en uitlevering’: 2. Niemand mag worden verwijderd of uitgezet naar dan wel uitgeleverd aan een staat waarin een ernstig risico bestaat dat hij aan de doodstraf, aan folteringen of aan andere onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen wordt onderworpen.*) Het feit dat een groot aantal illegaal verblijvende migranten in Libië zich in dezelfde situatie bevinden, maakt het risico voorts niet minder individueel.

Inzake een risico op slechte behandeling in de landen van herkomst, ging het Hof na of er voldoende waarborgen waren genomen om een situatie van indirect of onrechtstreeks refoulement te vermijden. Het Hof nam *prima facie* aan, op grond van alle beschikbare informatie, dat zowel in Eritrea als Somalië er wijdverspreide en ernstige veiligheidsproblemen zijn. Libië heeft het VN-Vluchtelingenverdrag niet geratificeerd en er is geen enkele vorm van asielprocedure voorzien. UNHCR’s activiteiten in Libië vormden geen waarborg tegen willekeurige verwijderingen. Het verwerven van een vluchtelingenstatus kon zelfs de kwetsbaarheid voor verwijdering verhogen. Ook hier besloot het Hof dat Italië op het moment van de verwijdering wist of had moeten weten dat er onvoldoende waarborgen voorhanden waren tegen het risico op willekeurige terugkeer naar het land van herkomst. Tenslotte veroordeelde het Hof het gebrek aan toegang tot een procedure die de asielzoekers kon identificeren en de persoonlijke omstandigheden van hun situaties kon beoordelen (op de Italiaanse militaire boten) als een schending van artikel 13 EVRM.<sup>294</sup> Er was geen sprake van een grondig en nauwgezet onderzoek naar de nood aan bescherming door een bekwame overheid noch van een rechtsmiddel met schorsend effect. Door een gebrek aan een gedetailleerd onderzoek van de individuele omstandigheden van elk van de verzoekers was er tevens sprake van een collectieve uitzetting in strijd met artikel 4 van Protocol 4 bij het EVRM.<sup>295</sup>

iv. De extraterritoriale werking van het non-refoulement beginsel en gevolgen voor het recht om asiel te zoeken

116. Hoever reikt de extraterritoriale werking van het non-refoulementbeginsel en hoe verhoudt dit beginsel zich tot het recht om asiel te zoeken (of ‘asielrecht’)? Uit de rechtspraak van het EHRM kan men alvast afleiden dat, waar in uitzonderlijke gevallen het bestaan of het uitoefenen van een rechtsmacht wordt vastgesteld, Staten ook buiten hun grondgebied gebonden zijn door het non-refoulementbeginsel. Dit gaat gepaard met een procedurele verplichting om personen met nood aan bescherming tegen refoulement toegang te geven tot een procedure bij een bekwame overheid die een grondig en nauwgezet onderzoek kan uitvoeren naar hun nood aan bescherming vooraleer verwijderingsmaatregelen worden uitgevoerd. Tevens dient een rechtsmiddel met schorsend effect ter beschikking te staan tegen een verwijderingsmaatregel. In zulke gevallen houdt de extraterritoriale verplichting tot non-refoulement dus ook een verantwoordelijkheid in om asielaanvragen die zijn ingediend buiten het grondgebied, desalniettemin effectief te behandelen en om bescherming te verlenen.<sup>296</sup>

Andere vragen staan nog open: impliceert dit een recht op binnenkomst en verblijf op het grondgebied tijdens de behandeling alsook het toekennen van asielbescherming op het

<sup>294</sup> EHRM 23 februari 2012, nr. 27765/09, *Hirsi Jamaa e.a. v. Italië*, par. 201-207.

<sup>295</sup> EHRM 23 februari 2012, nr. 27765/09, *Hirsi Jamaa e.a. v. Italië*, par. 183-186.

<sup>296</sup> In 2011 schreef PEERS nog: “While the Human Rights Court has not answered positively the question of whether the ECHR applies to asylum applications addressed to a Member State’s authorities operating outside its territory (including on the high seas), the case law on the general issue of extraterritorial application of the Convention suggests that it does, by analogy.” S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 319. Ondertussen werd dit bevestigd in EHRM 23 februari 2012, nr. 27765/09, *Hirsi Jamaa e.a. v. Italië*.

grondgebied van de Staat of ergens anders?<sup>297</sup> Verplicht dit Staten om meer doeltreffende bescherming te verzekeren, zoals het opzetten van toelatingsprocedures specifiek gericht op beschermingsbehoevende vreemdelingen (bijvoorbeeld de zgn. ‘*protection entry procedures*’ of ‘hervestiging’)?

#### *iv.1. Het interne EU asiel- en migratieacquis*

117. Momenteel wordt secundaire EU-asielwetgeving en praktijk louter territoriaal ingevuld. Zo is de werkingssfeer van de Asielprocedurerichtlijn 2005 en de Opvangrichtlijn beperkt tot asielaanvragen die door vreemdelingen worden ingediend op het grondgebied van een lidstaat, inclusief aan de grens of in transitzones.<sup>298</sup> De Asielprocedurerichtlijn 2005 is niet van toepassing op verzoeken om diplomatiek of territoriaal asiel die bij vertegenwoordigingen van de lidstaten worden ingediend.

Richtlijn 2013/32/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale bescherming (herschikking), alsook richtlijn 2013/33/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 tot vaststelling van normen voor de opvang van verzoekers om internationale bescherming (herschikking), die tegen 21 juli 2015 in nationale wetgeving moeten worden omgezet, breiden de werkingssfeer wel uit tot de territoriale wateren van de lidstaten.<sup>299</sup>

Kwalificatierichtlijn 2004 noch Kwalificatierichtlijn 2011 vermelden iets over een extraterritoriale werkingssfeer. Ook de oude Verdragsartikelen waarop Kwalificatierichtlijn 2004 is gebaseerd, zeggen niets over een extraterritoriale werkingssfeer (zie ex-artikelen 63, lid 1, onder c) en lid 2, onder a), VEG), net zomin als de nieuwe Verdragsbasis voor verdere EU-wetgeving inzake asiel (art. 78 VWEU). Volgens BATTJES is het zeer onwaarschijnlijk dat lidstaten zich bij de aanneming van de Kwalificatierichtlijn 2004 hebben geëngageerd om een extraterritoriale werkingssfeer aan deze richtlijn te geven.<sup>300</sup> Een lezing van de Kwalificatierichtlijn 2004 met de Asielprocedurerichtlijn 2005 en de Dublin II-verordening werkt het idee in de hand dat de Kwalificatierichtlijn 2004 enkel een territoriale toepassing heeft, aldus BATTJES. Het was immers niet de bedoeling om de verantwoordelijkheid van lidstaten tot bescherming extraterritoriaal uit te breiden. PEERS lijkt voor te houden dat de Kwalificatierichtlijn wel een extraterritoriale werking heeft, gezien het stilzwijgen omtrent de werkingssfeer ervan. Hij verdedigt de stelling dat de Kwalificatierichtlijn eveneens van toepassing is op de volle zee en in de aansluitende zone indien personen worden gered of onderschept door lidstaten, wat m.i. twijfelachtig lijkt.<sup>301</sup>

---

<sup>297</sup> Zo kan volgens NOLL, onder bepaalde omstandigheden, de behandeling van een visumaanvraag aanleiding geven tot een impliciet recht tot binnenkomst als gevolg van het non-refoulementbeginsel onder het EVRM en het VN-Kinderrechtenverdrag. G. NOLL, “Seeking Asylum at Embassies: A Right to Entry under International Law?”, *IJRL* 2005, 542-573.

<sup>298</sup> Art. 3 Richtl. 2005/85/EG en art. 3 Richtl. 2003/9/EG.

<sup>299</sup> Art. 3 Richtl.Parl. en Raad 2013/32/EU, 26 juni 2013 betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale bescherming (herschikking), *Pb.L.* 26 juni 2013, afl. 180, 66; en art. 3 Richtl.Parl. en Raad 2013/33/EU, 26 juni 2013 tot vaststelling van normen voor de opvang van verzoekers om internationale bescherming (herschikking), *Pb.L.* 26 juni 2013, afl. 180, 100, die in werking treden op 21 juli 2015, breiden de werkingssfeer wel uit tot de Europese Commissie: Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale beschermingsstatus (herschikking), 1 juni 2011, COM(2011) 319 definitief, met name art. 3.

<sup>300</sup> H. BATTJES, *European Asylum Law and International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 208-211.

<sup>301</sup> S. PEERS, *New EU rules on maritime surveillance: will they stop the deaths and push-backs in the Mediterranean?*, <http://eulawanalysis.blogspot.co.uk>, 27 juni 2014.



De EU-wetgeving inzake sancties voor vervoersmaatschappijen<sup>302</sup> of inzake afgifte van visa<sup>303</sup> lijkt impliciet een extra-territoriale werking van de internationale verplichtingen van lidstaten te aanvaarden, maar laat op eerste gezicht de concrete implementatie van de gevolgen van deze internationale verplichtingen over aan de lidstaten.<sup>304</sup>

Niettemin liet het Europees Parlement onderzoeken of de Visumcode lidstaten verplicht om humanitaire visa te verlenen.<sup>305</sup> In die studie wordt op basis van de bindende aard van internationale verplichtingen, de bepalingen van het Handvest en de bewoordingen van artikel 25, lid 1, van de Visumcode<sup>306</sup> besloten dat, naar analogie met wat wordt gesteld in de zaak *Koushkaki*<sup>307</sup> de lidstaten de verplichting hebben om visa met territoriaal beperkte geldigheid af te geven wanneer dit volgt uit hun mensenrechtelijke en vluchtelingenrechtelijke verplichtingen. In de studie wordt er verder voor gepleit om bij de geplande herziening van de Visumcode duidelijke regels op te stellen voor humanitaire visaprogramma's.

Hoewel de Schengengrenscore uitdrukkelijk aangeeft dat deze verordening moet worden uitgevoerd met inachtneming van de verplichtingen van de lidstaten inzake internationale bescherming en non-refoulement,<sup>308</sup> bleef deze verordening nogal op de vlakte voor wat betreft de concrete invulling hiervan. Zo bepaalt artikel 13 van de Schengengrenscore slechts dat de weigering tot toegang *“de toepassing van bijzondere bepalingen inzake asielrecht en internationale bescherming of inzake afgifte van een visum voor een verblijf van langere duur onverlet laat”*. In 2013 werd de Schengengrenscore echter gewijzigd en aangevuld met een artikel 3bis dat specifiek gericht is op de naleving van grondrechten. Dat stelt: *“Bij de toepassing van deze verordening handelen de lidstaten met volledige inachtneming van het toepasselijke Unierecht, waaronder het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (“het Handvest van de grondrechten”); het toepasselijke internationale recht, waaronder het Verdrag van Genève van 28 juli 1951 betreffende de status van vluchtelingen (“het Verdrag van Genève”), de verplichtingen inzake de toegang tot internationale bescherming, in het bijzonder het beginsel van non-refoulement, en de grondrechten. In overeenstemming met de algemene beginselen van het Unierecht worden besluiten die overeenkomstig deze verordening worden genomen, op individuele basis genomen.”*<sup>309</sup>

De gewijzigde bijlage VI van de Schengengrenscore, die o.m. gaat over de *“Specifieke voorschriften voor de verschillende soorten grenzen en de verschillende vervoersmiddelen die voor de overschrijding van de buitengrenzen van de lidstaten worden gebruikt”*,

---

<sup>302</sup> Art. 4, lid 2 Richtl. 2001/51/EG, *supra* noot 259, stelt: *“Lid 1 laat de verplichtingen van de lidstaten onverlet in gevallen waarin onderdanen van derde landen om internationale bescherming verzoeken.”* Op nationaal niveau zou deze bepaling aanleiding kunnen geven tot kwijschelding van sancties of boetes voor de vervoerders.

<sup>303</sup> Zie Verord.Parl. en Raad nr. 810/2009/EG, 13 juli 2009 tot vaststelling van een gemeenschappelijke visumcode (Visumcode), *Pb.L.* 15 september 2009, afl. 243, 1.

<sup>304</sup> Zie hierover V. MORENO-LAX, *“Must EU Border Have Doors for Refugees? On the Compatibility of Schengen Visas and Carriers' Sanctions with EU Member States' Obligation to Provide International Protection to Refugees”*, *supra* noot 273, 315-364.

<sup>305</sup> U. IBEN JENSEN, *Humanitarian visa: option or obligation*, Study for the European Parliament DG Internal Policies - Policy, Department C: Citizens' Rights And Constitutional Affaires - Civil Liberties, Justice And Home Affairs, Brussels, European Union, [www.europarl.europa.eu/studies](http://www.europarl.europa.eu/studies), 2014, 63p.

<sup>306</sup> Artikel 25, lid 1, van de Visumcode bepaalt: *“Een visum met territoriaal beperkte geldigheid wordt bij wijze van uitzondering in de volgende gevallen afgegeven:*

*a) wanneer de betrokken lidstaat het op humanitaire gronden, vanwege het nationale belang of gelet op internationale verplichtingen noodzakelijk acht (...)”*

<sup>307</sup> HvJ 19 december 2013, C-84/12, *Koushkaki*.

<sup>308</sup> Preambule, overweging 20, Verord.Parl. en Raad nr. 562/2006/EG, 15 maart 2006 tot vaststelling van een communautaire code betreffende de overschrijding van de grenzen door personen (Schengengrenscore), *Pb.L.* 13 april 2006, afl. 105.

<sup>309</sup> Verord.Parl. en Raad nr. 610/2013/EU, 26 juni 2013 tot wijziging van Verord.Parl. en Raad (EG) nr. 562/2006 tot vaststelling van een communautaire code betreffende de overschrijding van de grenzen door personen (Schengengrenscore) en van de Overeenkomst ter uitvoering van het Schengenakkoord, Verord.Raad (EG) nr. 1683/95 en (EG) nr. 539/2001 en Verord.Parl. en Raad (EG) nr. 767/2008 en (EG) nr. 810/2009, *Pb.L.* 29 juni 2013, afl. 182/1.

verduidelijkt nu in punten 1.1.4.2. en 1.1.4.3., die betrekking hebben tot het gebruik van gemeenschappelijke grensdoorlaatposten op het grondgebied van een lidstaat of een derde land, dat de relevante bilaterale overeenkomsten dienen te voorzien in een bepaling die rekening houdt met het beginsel van de internationale bescherming. Concreet houdt dit in dat een vreemdeling die internationale bescherming aanvraagt op het grondgebied van een lidstaat, toegang krijgt tot de toepasselijke procedures van de lidstaat, overeenkomstig het Unie-acquis inzake asiel. Ook krijgt een vreemdeling, die na de uitreiscontrole door de grenswachters van een derde land internationale bescherming aanvraagt bij grenswachters van de lidstaat die in dat derde land aanwezig zijn, toegang tot de toepasselijke procedures van de lidstaat, overeenkomstig het Unie-acquis inzake asiel. De autoriteiten van het derde land dienen de overbrenging van de betrokkene naar het grondgebied van de lidstaten te aanvaarden.

Eveneens met het doel om de internationale verplichtingen t.a.v. vreemdelingen met een nood aan bescherming te versterken, werd de oorspronkelijke Frontexverordening gewijzigd.<sup>310</sup> Artikel 2, lid 1a, van de herziene Frontexverordening stipuleert nu dat: *“Overeenkomstig het recht van de Unie en het internationale recht mogen personen niet ontscheept worden in, of op een andere wijze worden overgedragen aan de autoriteiten van een land in strijd met het beginsel van non-refoulement of waar zij het risico lopen te worden uitgezet of teruggeleid naar een nader land in strijd met genoemd beginsel. In overeenstemming met het recht van de Unie en het internationale recht wordt voorzien in de bijzondere behoeften van kinderen, slachtoffers van mensenhandel, personen die medische bijstand behoeven, personen die internationale bescherming behoeven en andere kwetsbare personen.”* Voorts geeft de gewijzigde verordening aan dat een gedragscode moet worden opgesteld die van toepassing is op alle Frontexoperaties *“ter waarborging van de beginselen van de rechtsstaat en eerbiediging van de grondrechten met bijzondere focus op niet-begeleide minderjarigen en kwetsbare personen, alsook op personen die verzoeken om internationale bescherming.”*<sup>311</sup> Tenslotte stelt de preambule in overweging nr. 29: *“Deze verordening eerbiedigt de grondrechten en neemt de beginselen in acht die in het bijzonder zijn erkend in het VWEU en het Handvest van de grondrechten, in het bijzonder het recht op menselijke waardigheid, het verbod van foltering en van onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen, het recht op vrijheid en veiligheid, het recht op bescherming van persoonsgegevens, het recht op asiel, het beginsel van non-refoulement, het non-discriminatiebeginsel, de rechten van het kind, en het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel. De lidstaten moeten deze verordening toepassen in overeenstemming met deze rechten en beginselen.”*

118. Tot op heden heeft het HvJ nog niet de mogelijkheid gehad om te beoordelen of handelingen van Staten, in het kader van de toepassing van de EU-asielwetgeving, die gevolgen hebben voor de toegang tot bescherming, een extraterritoriale aansprakelijkheid onder artikelen 18 en 19, lid 2, van het Handvest kunnen engageren. (zie artikel 51, lid 1, Handvest: de bepalingen van het Handvest binden de lidstaten voor zover ‘zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen’).<sup>312</sup> Belangrijk is te onderstrepen dat voor zover dit Handvest rechten bevat die corresponderen met rechten die zijn gegarandeerd door het EVRM, de

---

<sup>310</sup> Verord. Parl. en Raad nr. 1168/2011/EU, 25 oktober 2011 tot wijziging van Verord. Raad nr. 2007/2004/EG, 26 oktober 2004 tot oprichting van een Europees agentschap voor het beheer van de operationele samenwerking aan de buitengrenzen van de lidstaten van de Europese Unie, *Pb.L.* 22 november 2011, afl. 304, 1.

<sup>311</sup> Een gedragscode werd ontwikkeld voor gezamenlijke terugkeeroperaties o.l.v. Frontex, die moet waarborgen dat terugkeer op humane wijze verloopt en met onverkorte inachtneming van de grondrechten. Zie artikel 9, lid 1bis, Verord. Parl. en Raad nr. 1168/2011/EU. <http://frontex.europa.eu/news/frontex-code-of-conduct-for-return-operations-published-x1a0c0>

<sup>312</sup> Zie S. PEERS, “International Law, Human Rights, and EU Asylum and Migration Policy”, in M. MAES, M.-C. FOULETS, Ph. DE BRUYCKER, D. VANHEULE, J. WOUTERS en N. SMITH, *The External Dimensions of EU Asylum and Migration Law and Policy*, Brussel, Bruylant, 2011, 63-88.

inhoud en reikwijdte ervan dezelfde zijn als die welke er door het EVRM aan worden toegekend (artikel 52, lid 3, Handvest). De rechtspraak van het EHRM is dus belangrijk voor de interpretatie van corresponderende rechten in het Handvest.<sup>313</sup> In die zin is de zaak *Hirsi Jamaa* belangrijk voor de concrete organisatie van Frontexoperaties.

De zaak *Hirsi Jamaa* speelde tevens een grote rol in de aanneming van een EU verordening die regels vaststelt voor de bewaking van de zeebuitengrenzen in het kader van de operationele samenwerking gecoördineerd door Frontex.<sup>314</sup> Deze regels bevatten definities die in het kader van Frontex gecoördineerde opsporings- en reddingsoperaties duidelijk aangeven wanneer sprake is van een vaartuig dat zich een onzekerheids-, alarmerings- of noodfase bevindt en waarbij ingrijpen noodzakelijk is.

De kern van de verordening is echter artikel 4 dat handelt over de bescherming van grondrechten en het non-refoulement beginsel en dat van toepassing is op alle maatregelen die de lidstaten of Frontex overeenkomstig deze verordening nemen. Het artikel bepaalt dat niemand in strijd met het beginsel van non-refoulement mag worden ontscheept in een land, worden gedwongen er binnen te gaan, ernaartoe worden gebracht, of anderszins aan de autoriteiten ervan worden overgeleverd, indien, onder meer, er voor hem of haar een ernstig risico bestaat er te worden onderworpen aan de doodstraf, foltering, vervolging of andere onmenselijke of ontorende behandelingen of bestraffingen, of indien zijn of haar leven of vrijheid er in gevaar zou komen om redenen van ras, godsdienst, nationaliteit, seksuele gerichtheid, het behoren tot een bepaalde sociale groep of politieke overtuiging, dan wel indien er een ernstig risico bestaat op uitzetting of verwijdering naar of uitlevering aan een ander land in strijd met het beginsel van non-refoulement.

Wanneer, in het kader van de planning van een EU operatie op zee, de mogelijkheid tot ontscheeping in een derde land wordt overwogen, dan moet er rekening worden gehouden met de algemene situatie in dat derde land. De verordening bepaalt op basis van welke informatie deze beoordeling moet gebeuren. Onderschepte of geredde personen worden niet in een derde land ontscheept, gedwongen er binnen te gaan, ernaartoe gebracht, of anderszins aan de autoriteiten ervan overgeleverd, als de ontvangende lidstaat of de deelnemende lidstaten ervan op de hoogte zijn, of althans zouden moeten zijn, dat dat derde land er praktijken op nahoudt in strijd met het non-refoulement beginsel.

Rekening houdend met het arrest *Hirsi Jamaa*, bepaalt de verordening dat tijdens een Frontex gecoördineerde operatie op zee, voordat de onderschepte of geredde personen worden ontscheept in een land, gedwongen worden er binnen te gaan, ernaartoe gebracht worden, of anderszins aan de autoriteiten ervan worden overgeleverd, en rekening houdend met de beoordeling van de algemene situatie in dat derde land, maken de deelnemende eenheden van de lidstaten gebruik van alle middelen om de identiteit van de onderschepte of geredde personen te bepalen, beoordelen zij hun persoonlijke omstandigheden, informeren zij hen over hun bestemming op een wijze die zij begrijpen, of redelijkerwijs geacht kunnen worden te begrijpen, en stellen zij hen in de gelegenheid kenbaar te maken waarom ontscheeping op de voorgestelde plaats naar hun mening strijdig zou zijn met het beginsel van

---

<sup>313</sup> Zie voor een verdere analyse E. GUILD, S. CARRERA, L. DEN HERTOOG en J. PARKIN, *Implementation of the EU Charter of Fundamental Rights and its Impact on EU Home Affairs Agencies: Frontex, Europol and the European Asylum Support Office*, Brussels, European Parliament, 2011, 128p.

<sup>314</sup> Verord.Parl. en Raad nr. 656/2014/EU van 15 mei 2014 tot vaststelling van regels voor de bewaking van de zeebuitengrenzen in het kader van de operationele samenwerking gecoördineerd door het Europees Agentschap voor het beheer van de operationele samenwerking aan de buitengrenzen van de lidstaten van de Europese Unie, *Pb.L.* 2014, 27 juni 2014, afl. 189, 93. Deze verordening komt in de plaats van B. Raad nr. 2010/252/EU, 26 april 2010 houdende aanvulling van de Schengengrenscodex op het gebied van de bewaking van de maritieme buitengrenzen in het kader van de operationele samenwerking die wordt gecoördineerd door het Europees Agentschap voor het beheer van de operationele samenwerking aan de buitengrenzen van de lidstaten van de Europese Unie, *Pb.L.* 4 mei 2010, afl. 111, 20. Dit besluit werd door het Europees Parlement aangevochten voor het Hof van Justitie dat het besluit vernietigde op procedurele gronden daar de Uniewetgever niet werd betrokken in de totstandkoming ervan. Zie HvJ 5 september 2012, C-355/10.

non-refoulement. Daartoe wordt in het operationeel plan voorzien in verdere details, onder andere, indien nodig, de beschikbaarheid aan wal van medisch personeel, tolken, juridische adviseurs en andere relevante deskundigen van de ontvangende en de deelnemende lidstaten. Elke deelnemende eenheid omvat op zijn minst één persoon die een basisopleiding heeft genoten om eerste hulp te verlenen.

Tijdens de gehele duur van een operatie op zee voorzien de deelnemende eenheden in de bijzondere behoeften van kinderen, niet-begeleide minderjarigen daaronder begrepen, slachtoffers van mensenhandel, personen die dringende medische hulp behoeven, personen met een beperking, personen die internationale bescherming behoeven en andere personen in een bijzonder kwetsbare positie. Voorts wordt bepaald dat de uitwisseling met derde landen van tijdens een operatie op zee verkregen persoonsgegevens van onderschepte of geredde personen verboden is indien er een ernstig risico bestaat dat het beginsel van non-refoulement wordt geschonden. Bij het vervullen van hun taken diende de deelnemende eenheden van de lidstaten de menselijke waardigheid volledig te eerbiedigen.

De verordening bevat ook regels met betrekking tot de ontschepping van de onderschepte of geredde personen. Bij onderschepping in de territoriale zee of in de aansluitende zone, vindt de ontschepping plaats in de kustlidstaat. Bij onderschepping op volle zee kan ontschepping plaatsvinden in het derde land vanwaar het vaartuig verondersteld wordt te zijn uitgevaren, behoudens het non-refoulement beginsel. Indien ontschepping in dit derde land niet mogelijk is, vindt ontschepping plaats in de ontvangende lidstaat. Bij opsporings- en reddingssituaties worden de personen ontscheept op geïdentificeerde veilige plaats. Indien dit niet mogelijk is dan worden zij ontscheept in de ontvangende lidstaat.

Door deze EU verordening is het duidelijk dat het non-refoulement beginsel primeert over elke mogelijkheid tot ontschepping in een derde land. In de preambule wordt voorts duidelijk aangegeven dat de EU asielwetgeving van toepassing is op iedereen die zich in de territoriale waters van een lidstaat bevindt. Dit impliceert dat eens een asielaanvraag wordt ingediend op territoriale wateren, de asielzoeker niet kan worden verwijderd naar een derde land alvorens er een beslissing is genomen m.b.t. de ingediende asielaanvraag. Het impliceert ook dat een asielzoeker zal moeten worden ontscheept in de ontvangende lidstaat. Of EU asielwetgeving eveneens van toepassing is wanneer personen worden onderschept of gered op volle zee of in de aansluitende zone in het kader van een Frontex gecoördineerde operatie, is in het licht van de betrokken EU asielwetgeving minder duidelijk. Wel zullen minstens de hoger besproken minimumwaarborgen neergelegd in artikel 4 van deze EU verordening moeten worden nageleefd.

#### *iv.2. De externe dimensie van het Europees Gemeenschappelijk Asielstelsel*

119. De Europese Unie heeft de laatste jaren aan het Europees Gemeenschappelijk Asielstelsel ook een externe dimensie verbonden, waarin bescherming in de regio (d.m.v. regionale beschermingsprogramma's)<sup>315</sup> en de hervestiging van vluchtelingen een belangrijke plaats innemen. Het gaat hier om een extern asielbeleid, dat een wettelijke basis vindt in artikel 78, onder g), VWEU op grond waarvan de EU een partnerschap en samenwerking met derde

---

<sup>315</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over regionale beschermingsprogramma's, 1 september 2005, COM(2005) 388 final. Regionale beschermingsprogramma's werden opgezet in Tanzania alsook in de regio van Wit-Rusland, Oekraïne en Moldavië. In 2010 besloot de Commissie om de regionale beschermingsprogramma's in voornoemde landen te verlengen. Voorts werden beschermingsprogramma's ontwikkeld voor twee nieuwe regio's, met name de Hoorn van Afrika (d.i. Kenia, Jemen en Djibouti) en oost-Noord-Afrika (d.i. Egypte, Libië en Tunesië). Zie hierover meer in M. GARLICK, "EU "Regional Protection Programmes": Development and Prospects", in M. MAES, M.-C. FOBLETS, Ph. DE BRUYCKER, D. VANHEULE, J. WOUTERS en N. SMITH, *The External Dimensions of EU Asylum and Migration Law and Policy*, Brussel, Bruylant, 2011, 371-386.

landen kan aangaan om de stromen van asielzoekers of aanvragers van subsidiaire of tijdelijke bescherming te beheersen. Het Europees Gemeenschappelijk Asielstelsel beperkt zich daardoor niet louter tot interne situaties. Het Asielbeleidsplan (2008) van de Europese Commissie bevestigde: *“Hervestiging zal dan ook verder worden ontwikkeld en uitgebreid tot een doeltreffend beschermingsinstrument dat de EU kan inzetten om te voldoen aan de beschermingsbehoeften van vluchtelingen in derde landen en om uitdrukking te geven aan solidariteit met derde landen van eerste opvang.”*<sup>316</sup> Een Commissievoorstel voor een gezamenlijk EU-hervestigingsprogramma werd aan de lidstaten overgemaakt.<sup>317</sup> Dit leidde tot de aanneming van een zgn. ‘*EU Joint Resettlement Programme*’ dat tot doel heeft om lidstaten aan te moedigen vluchtelingen te hervestigen door financiële *incentives* te voorzien.<sup>318</sup> Er is een permanente en bijzondere aandacht voor kwetsbare groepen, en voorts worden er jaarlijks geografische prioriteiten vastgelegd. Deelname aan de regionale beschermingsprogramma’s of aan het EU-hervestigingsprogramma gebeurt op een puur vrijwillige basis. De inhoud van deze programma’s worden grotendeels bepaald op basis van nationale beleidsoverwegingen en de welwillendheid in hoofde van de lidstaten.

120. Daarnaast deelde de Europese Commissie in het Asielbeleidsplan mee te willen *“onderzoeken langs welke weg en met welke mechanismen personen die bescherming nodig hebben, kunnen worden onderscheiden van andere categorieën migranten, vóórdat zij de grens van potentiële staten van ontvangst bereiken, zoals procedures voor beschermde toegang en een soepeler gebruik van de visumregeling uit beschermingsoverwegingen.”* In 2003 werd al reeds een studie verricht naar het gebruik van deze zgn. ‘*protection entry procedures*’, maar toen toonden de lidstaten zich vervolgens weinig enthousiast om gebruik te maken van deze mechanismen.<sup>319</sup>

In het Den Haag-meerjarenprogramma van 2005 nodigde de Raad de Europese Commissie uit om de voordelen, de opportuniteit en de haalbaarheid van het gezamenlijk behandelen van asielverzoeken buiten het EU-grondgebied nader te bestuderen, in aanvulling op het Europees Gemeenschappelijk Asielstelsel, dat heden louter territoriaal van toepassing is, en in overeenstemming met de internationale standaarden ter zake. Naast deze studie werd de Europese Commissie ook belast met een studie naar de juridische en praktische consequenties van het gezamenlijk behandelen van asielaanvragen *binnen* het grondgebied van de EU, d.i. *“Het Haags programma – Versterking van vrijheid, veiligheid en recht in de Europese Unie.”*<sup>320</sup>

Als gevolg van deze opdracht kondigde de Europese Commissie in het Asielbeleidsplan van 2008 aan dat ze in *“nauw overleg met de UNHCR een studie (zal) laten uitvoeren over de voordelen, de opportuniteit en de haalbaarheid van de gezamenlijke behandeling van asielverzoeken buiten het grondgebied van de Europese Unie. De conclusies van de studie zullen als uitgangspunt dienen voor de toekomstige discussies en beleidsontwikkelingen op*

---

<sup>316</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's inzake een "Asielbeleidsplan: een geïntegreerde aanpak van bescherming in de hele EU" van 17 juni 2008, COM(2008) 360 definitief, 11-12.

<sup>317</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees parlement betreffende de vaststelling van een gemeenschappelijk hervestigingsprogramma van de EU, 2 september 2009, COM(2009) 447 final.

<sup>318</sup> Zie Besl.Parl. en Raad nr. 281/2012/EU, 29 maart 2012 tot wijziging van Beschikking nr. 573/2007/EG tot instelling van het Europees Vluchtelingenfonds voor de periode 2008-2013 als onderdeel van het algemeen programma "Solidariteit en beheer van de migratiestromen", Pb.L. 30 maart 2012, afl. 92, 1.

<sup>319</sup> G. NOLL, J. FAGERLUND en F. LIEBAUT, *Study on the Feasibility of Processing Asylum Claims Outside the EU Against the Background of the Common European Asylum System and the Goal of a Common Asylum Procedure*, European Community, Brussels, 2002, 295p. De weinige lidstaten die gebruik maakten van zulke PEP's, zoals o.m. Nederland, Oostenrijk en Denemarken, zijn na verloop van tijd hierop teruggekomen.

<sup>320</sup> Het Haags programma – Versterking van vrijheid, veiligheid en recht in de Europese Unie, OJ C 3 maart 2005, afl. 53, 4.

*EU-niveau teneinde – in aanvulling op het gemeenschappelijk Europees asielstelsel en overeenkomstig de toepasselijke internationale normen – de toegang tot de Unie te verbeteren.”*<sup>321</sup> Deze studie zal moeilijke vragen moeten beantwoorden. Hebben lidstaten een juridische verplichting om verzoeken om bescherming, op basis van het non-refoulementbeginsel, die buiten het grondgebied worden ingediend, in behandeling te nemen? Wanneer en waar juist treedt deze juridische verplichting in werking? Welke procedurele waarborgen moeten worden voorzien? Welke financiële en logistieke middelen moeten worden voorzien?

121. Ondertussen ligt op beleidsniveau en politiek niveau de focus van de discussie niet langer op de plaats waar de gezamenlijke behandeling moet plaatsvinden (d.i. buiten of binnen de EU). De discussie concentreert zich nu op de vraag of een gezamenlijke behandeling van asielaanvragen wel degelijk een nuttig element is dat kan bijdragen tot het GEAS, en hoe dit in de praktijk dan wel moet worden gerealiseerd. In het Stockholm meerjarenprogramma van 2010 verzoekt de Europese Raad derhalve “*de Commissie haar studie over de haalbaarheid en de juridische en praktische implicaties van het instellen van een gezamenlijke behandeling van asielverzoeken af te ronden.*”<sup>322</sup>

Deze studie, die door de Europese Commissie werd uitbesteed, verscheen in 2013.<sup>323</sup> Deze studie dient als basis voor verdere discussie en geïnformeerde besluitvorming. De studie zet vier opties voor een EU mechanisme inzake een gezamenlijke behandeling van asielaanvragen op een rij.

Optie A is van toepassing wanneer het mechanisme voor vroegtijdige waarschuwing in het kader van de Dublin III-verordening in werking treedt en een lidstaat zich in de fase van crisisbeheer bevindt. Wanneer een lidstaat worstelt om een grote instroom van asielzoekers te beheren en het asielstelsel onder druk komt te staan, dan kunnen zgn. ‘joint processing teams’ op een *ad hoc* basis worden samengesteld. Deze zouden bestaan uit personen die deel uitmaken van het reeds bestaande EASO ‘Asylum Intervention Pool’, die zowel op het terrein als vanop afstand de betrokken lidstaat kunnen ondersteunen. Dit ondersteunende EU personeel zal verantwoordelijk zijn voor de voorbereiding van individuele dossiers en aanbevelingen kunnen geven, maar de uiteindelijke asielbeslissing zal in handen blijven van de betrokken lidstaat, die eveneens verantwoordelijk is voor de beroepsprocedures. In optie C zou de gezamenlijke behandeling van asielaanvragen reeds in werking treden in de preventieve fase van het EU mechanisme voor vroegtijdige waarschuwing. De bedoeling zou dan zijn om de nodige middelen vrij te maken zodat een lidstaat voldoende capaciteit kan opbouwen om de verwachte instroom en druk op het asielstelsel beheersbaar te houden. Voorts wordt in optie C voorgesteld om het EASO ‘Asylum Intervention Pool’ om te vormen tot een meer stabiele en geïnstitutionaliseerde pool.

Uit de besprekingen tijdens het Informeel Strategisch Comité voor immigratie, grenzen en asiel (SCIFA) in juli 2013 is gebleken dat de meerderheid van de lidstaten voorstander zijn van optie A, aangevuld met elementen van optie C.

Opties B en D werden daarentegen afgewezen omdat deze opties een volledig EU geharmoniseerde benadering voor de gezamenlijke behandeling van asielaanvragen voorop

---

<sup>321</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's inzake een “Asielbeleidsplan – een geïntegreerde aanpak van bescherming in de hele EU” van 17 juni 2008, COM(2008) 360 definitief, 11.

<sup>322</sup> Het programma van Stockholm – een open en veilig Europa ten dienste en ter bescherming van de burger, Pb.C. 4 mei 2010, afl. 115, 32.

<sup>323</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Study on the Feasibility and legal and practical implications of establishing a mechanism for the joint processing of asylum applications on the territory of the EU*, 13 February 2013, HOME/2011/ERFX/FW/04, 141p.

stellen. Optie B lijkt sterk op optie A maar voorziet in een eenzijdige omzeiling van de Dublin verordening. Deze omzeiling houdt in dat de hulpbehoevende lidstaat die wordt geconfronteerd met een 'crisis', de verantwoordelijkheid opneemt voor alle asielaanvragen die in die lidstaat worden ingediend alsook voor alle asielaanvragen die in die lidstaat hadden moeten worden ingediend op basis van de geografische criteria in de Dublin verordening. De hulpbehoevende lidstaat ontvangt dus Dublinoverdrachten maar mag zelf geen overdrachten maken. In ruil wordt een gemeenschappelijk EU systeem voor verdeling, terugkeer en verwijdering opgezet. Vreemdelingen aan wie internationale bescherming wordt verleend, komen in aanmerking voor intra-EU relocatie en worden vervolgens verdeeld over de lidstaten die hebben deelgenomen in de zgn. 'support processing teams' die ter beschikking worden gesteld van de hulpbehoevende lidstaat. De relocatie of verdeling heeft plaats volgens vooraf bepaalde aantallen of quota. Terugkeer en verwijdering heeft plaats in een gezamenlijke operatie, gecoördineerd door EASO en Frontex. In optie D zou het EASO optreden als een EU agentschap voor asiel waarbij EU ambtenaren asielaanvragen behandelen en beslissen vanuit gecentraliseerde EU 'joint processing centres'. Daarbij wordt ook gedacht aan een gespecialiseerde EU asielrechtbank. Terugkeer en verwijdering wordt uitgevoerd in samenwerking met EASO en Frontex. De verdeling van vreemdelingen aan wie internationale bescherming wordt verleend, wordt gefaciliteerd door een verdeelsleutel.

Inmiddels hebben in het kader van het EASO reeds een aantal eerste pilootprojecten plaats. Zo werden onder meer zgn. 'asylum support teams' naar Bulgarije gezonden.<sup>324</sup> Dit zijn multidisciplinaire teams bestaande uit EU experts die worden uitgezonden door EASO naar een bepaalde lidstaat en dit voor een beperkte tijd. Deze experts worden beschikbaar gesteld door lidstaten en opgenomen in een 'asylum intervention pool'. De taak van deze teams beperkt zich tot het voorbereiden van de behandeling van asielaanvragen, maar strekt zich niet uit tot de eigenlijke behandeling van en besluitvorming in asielaanvragen. Het wordt daarom ook wel 'supported processing' genoemd.

---

<sup>324</sup> Zie EASO, persbericht van 17 oktober 2013, PR 09/2013, <http://easo.europa.eu/news-events/press-releases/>

#### 4. Besluit

122. Aldus blijkt dat artikel 18 Handvest, in tegenstelling tot wat GOODWIN-GILL concludeert, meer inhoudt dan artikel 14 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens dat enkel voorziet in een recht om asiel te *zoeken*.<sup>325</sup> BATTJES benadrukt terecht dat artikel 18 Handvest daarentegen een tot nu toe onbestaand recht codificeert, met name het recht van de individu om zijn of haar recht op asiel *gegarandeerd* te zien.<sup>326</sup> Dit maakt artikel 18 van het Handvest dan ook meteen ruimer dan artikel 14 UVRM.

Uit bovenstaande analyse blijkt verder dat de draagwijdte van dit recht op asiel, gegarandeerd in artikel 18 Handvest, momenteel minstens moet worden begrepen in het licht van de verdere uitwerking ervan in secundaire EU-wetgeving, waarbij het VN Vluchtelingenverdrag als ondergrens fungeert. Deze secundaire wetgeving verduidelijkt de grote verantwoordelijkheid die lidstaten hebben opgenomen om vluchtelingen te beschermen.

Deze EU-wetgeving voorziet niet enkel dat er in de lidstaten een asielprocedure aanwezig is en dat opvang wordt geboden tijdens de asielprocedure. Indien de vreemdeling voldoet aan de EU-criteria terzake, dan omvat het recht op asiel, zoals uitgewerkt door secundaire EU-wetgeving, het recht op een asielstatus (d.i. vluchtelingenstatus) voor personen die door de lidstaten als vluchteling worden erkend. De asielstatus gaat gepaard met de afgifte van een verblijfsstatus en secundaire rechten, vooral op socio-economisch vlak.

De absolute discretionaire bevoegdheid van lidstaten in het verlenen van asiel wordt dus door het primaire en secundaire Unierecht beperkt; het is evenwel niet gepast om te spreken over een absoluut subjectief materieel recht op asiel in de Europese Unie.

Niet alleen is de verlening van de asielstatus afhankelijk van een aantal variabelen en is er geen recht op asiel *tout court*, maar beschikken lidstaten daarnaast in rechte als in feite alsnog over een betekenisvolle beleidsruimte.

Zo behouden lidstaten, ondanks de harmonisatie van de kwalificatiecriteria voor de asielstatus (d.i. vluchtelingenstatus) op basis van minimumnormen en later op basis van gemeenschappelijke normen, nog steeds een gedeeltelijke soevereiniteit bij het bepalen van wie vluchteling is of niet, met name door gunstigere bepalingen toe te passen. Daarnaast uit deze soevereiniteit zich ook in de wijze waarop asielprocedures worden georganiseerd. Procedures moeten niet enkel eerlijk en doeltreffend verlopen; voor Staten is het vooral belangrijk dat procedures flexibel, snel en efficiënt verlopen. Procedures zijn voor Staten, naast de identificatie van de nood aan bescherming, ook een instrument om een even valabel doel te dienen, nl. het beheersen van migratie.

Ook het aanreiken van een duurzame oplossing blijft nog steeds een soevereine bevoegdheid van de EU-lidstaten. Ze zullen in eerst instantie een tijdelijk en voorwaardelijk verblijf toekennen vanuit een voorkeur voor vrijwillige terugkeer als duurzame oplossing. Ze verbinden zich pas tot afgifte van een duurzame verblijfstitel wanneer er voldoende zekerheid bestaat over het feit dat de situatie in het land van oorsprong niet wijzigt, dat de vluchtelingenstatus niet bedrieglijk werd bekomen of dat de vluchteling geen gevaar vormt. Lokale integratie is dus een tweede keuze. De toekenning van de status van langdurig ingezetene opent weliswaar nieuwe perspectieven voor de vluchteling maar is geen garantie op een permanente verblijfstitel.

---

<sup>325</sup> GOODWIN-GILL & J. McADAM, *The refugee in international law*, *supra* noot 29, 368 en 414.

<sup>326</sup> H. BATTJES, *European Asylum Law and International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 118.



123. Daarenboven moet worden benadrukt dat artikel 18 Handvest zich beperkt tot het *garanderen* van een recht op asiel; het houdt geen verplichting in voor lidstaten om alle personen die bescherming behoeven, asiel te verlenen. Zo geldt het recht op een asielstatus enkel voor zover de vreemdeling niet van deze beschermingsstatus wordt uitgesloten.

Het recht op asiel sluit verder niet uit dat lidstaten de mogelijkheid behouden om personen over te dragen aan andere lidstaten of derde landen, bijvoorbeeld omdat deze verantwoordelijk zijn voor de toekenning van bescherming op basis van de Dublin-verordening of door toepassing van het concept “veilige derde landen”.

Artikel 18 Handvest lijkt evenwel te impliceren dat deze overdracht enkel kan plaats hebben onder de voorwaarde dat het recht op asiel daar is *gegarandeerd*.<sup>327</sup> De vraag stelt zich dan ook of lidstaten verplicht zijn om op grond van artikel 18 Handvest af te zien van een overdracht indien het recht op asiel in de overnemende lidstaten of het overnemende derde land niet is gegarandeerd.<sup>328</sup>

In het kader van de Dublin-verordening, lijkt mij, naar analogie met de zaak *N.S.*, dat lidstaten een asielzoeker niet aan de verantwoordelijke lidstaat mogen overdragen wanneer zij niet onwetend of kundig kunnen zijn van het feit dat fundamentele tekortkomingen van de asielprocedure, de opvangvoorzieningen én de verlening van de vluchtelingenstatus, inclusief de afgifte van een verblijfsstatus en socio-economische rechten, voor asielzoekers in deze lidstaat ernstige, op feiten berustende gronden vormen om aan te nemen dat er een reëel risico bestaat dat het recht op asiel in de verantwoordelijke lidstaat niet is gegarandeerd.

Wat betreft een overdracht naar derde landen, lijkt mij dat in deze overnemende landen geen recht op asiel moet worden gegarandeerd dat dezelfde draagwijdte kent als in de lidstaten van de Europese Unie. Wel moet worden gegarandeerd dat de asielzoeker toegang heeft tot een bescherming overeenkomstig het VN Vluchtelingenverdrag, dat *in casu* de ondergrens vormt. In die zin kan worden verwezen naar de definities van de concepten “eerste asieland”, “veilig derde land” en “Europees veilig derde land” in de Asielprocedurerichtlijn 2013, waarvan de mogelijkheid om bescherming te vragen en bescherming te verkrijgen essentiële elementen zijn.

124. Maatregelen die worden genomen vanuit een bezorgdheid om een preventieve migratiecontrole te blijven voeren en niet uit handen te geven, kunnen de fysieke toegang van de vreemdeling tot het grondgebied van de EU beperken (bijvoorbeeld opleggen van visumvereisten, sancties voor vervoerders, de bewaking van de buitengrenzen van de EU, enz.), alsook de inhoudelijke behandeling van de asielaanvraag in de EU verhinderen (bijvoorbeeld door gebruik van concepten als ‘veilig derde land’, ‘eerste asieland’ en ‘veilig land van oorsprong’ en interne mechanismen die de verantwoordelijkheid voor de behandeling van asielaanvragen verdelen). Deze maatregelen beperken de effectieve toegang tot bescherming in de EU. Dit maakt dat er geen recht is op het indienen van een asielaanvraag in de EU, laat staan het recht op asiel in de EU. Het is hier dat de EU-lidstaten de grenzen van hun verantwoordelijkheid tot bescherming en hun soevereine bevoegdheid aftasten.<sup>329</sup>

---

<sup>327</sup> Zie in deze zin ook H. BATTJES, *European Asylum Law and International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 114. M. RENEMAN, “Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: mogelijke betekenis voor het vreemdelingenrecht”, *A&MR* 2010, 241.

<sup>328</sup> HvJ 21 december 2011, C-411/10 en C-493/10, *N.S. e.a. v. Secretary of State for the Home Department*. Zoals eerder gesteld, sprak het Hof zich nog niet rechtstreeks uit over de vraag of een schending van artikel 18 Handvest een zwaarwegende grond is om een asielzoeker niet aan de verantwoordelijke lidstaat over te dragen.

<sup>329</sup> GOODWIN-GILL en J. McADAM, *The Refugee in International Law*, *supra* noot 29, 371: “The ‘right to seek asylum’ is certainly restricted, and State practice to date has not recognized directly correlative duties obliging States to adjust visa or immigration policies accordingly. On the contrary, States have repeatedly insisted on their rights to apply visa and related controls (...). Thus, while some have argued that the Universal Declaration on Human Rights,

Er wordt, als tegengewicht en compensatie, dan ook volop nagedacht en/of geëxperimenteerd met beschermingsmechanismen buiten het grondgebied van de EU (bijvoorbeeld hervestiging in EU-verband of de zgn. *regional protection programmes*). De rechtspraak van het EHRM heeft evenwel aangegeven dat, waar in uitzonderlijke gevallen het bestaan of het uitoefenen van een rechtsmacht wordt vastgesteld, Staten ook buiten hun grondgebied gebonden zijn door het non-refoulementbeginsel en verplicht zijn om een toegang te voorzien tot een procedure bij een bekwame overheid die de individuele omstandigheden en nood aan bescherming grondig en nauwgezet kan beoordelen.<sup>330</sup> Met dit gegeven moeten EU-lidstaten rekening houden wanneer ze, buiten hun grondgebied, handelen in toepassing van Unierecht.

Hoe pertinent dit pijnpunt ook is en hoezeer het beperken van de fysieke toegang tot het grondgebied, mutatis mutandis, ook gevolgen heeft voor vreemdelingen met andere noden aan bescherming, zal ik me in de studie van de bijkomende beschermingsstatuten, zoals eerder vermeld, beperken tot een analyse van de bijkomende bescherming die wordt verleend aan *vreemdelingen die zich reeds op het grondgebied van de lidstaten bevinden*. Een aantal aspecten over de beperkingen in de toegang tot bescherming worden daarom niet verder uitgediept. Ik ben me evenwel diep bewust van de verstrekkende gevolgen van zulke beperkingen op de toegang tot bescherming en vond het dan ook aangewezen dit als *caveat* mee te geven.

125. In slotsom kan worden besloten dat, zelfs in de context van de Europese Unie, asiel een bescherming blijft die door de Staat wordt verleend, maar waarin de discretionaire uitoefening van de soevereine bevoegdheid danig doch nog niet volledig ingeperkt wordt door het VN-Vluchtelingenverdrag, mensenrechtenverdragen en de EU-asielwetgeving. In wezen is asiel heden noch een absoluut recht in hoofde van de vreemdeling, noch een volledige discretionaire uitoefening van de soevereine bevoegdheid van de Staat, maar kan men, in deze stand van zaken althans, enkel spreken van een zeer voorwaardelijk inidividueel recht op asiel.

---

*in whole or part, has acquired the status of customary international law, there remains insufficient State practice or opinio juris to support a concomitant duty on the State to grant asylum to those seeking it."*

<sup>330</sup> EHRM 23 februari 2012, nr. 27765/09, *Hirsi Jamaa e.a. v. Italië*, par. 70-75.

## D. De elementen van bescherming

126. Het doel van deze analyse van asielbescherming was om elementen van bescherming te distilleren zodat een idee kan worden gevormd over wat het concept 'bescherming' kan inhouden en hoe ver de verantwoordelijkheid van Staten tot bescherming van vreemdelingen in nood kan reiken. Hierdoor kan de omvang van bijkomende vormen van bescherming worden beoordeeld, zowel in de internationaalrechtelijke en de Unierechtelijke dimensies als in de nationale dimensie. Deze verschillende juridische dimensies worden respectievelijk in Deel 1 en Deel 2 besproken.

127. De analyse toont aan dat bescherming vooreerst tegemoet komt aan een bepaalde beschermingsnood; het wil beschermen tegen een bepaalde schade. Als een minimum houdt het voorkomen van een bepaalde schade dan ook in dat een vreemdeling niet van het grondgebied wordt verwijderd. In de volgende delen van het proefschrift wordt nagegaan aan welke concrete beschermingsnood internationale, Unierechtelijke en nationale normen tegemoet komen.

128. Uit de analyse volgt dat bescherming een bepaalde *inhoud* kent die verder gaat dan enkel een vreemdeling 'veilig' te stellen door hem niet te verwijderen. De concrete invulling van de toegekende bescherming zal evenwel afhangen van de aard en de duur van de specifieke beschermingsnood in casu. In het vervolg van dit proefschrift zal worden nagegaan of in het internationaal of nationaal recht dan wel in het Unierecht er naar wordt gestreefd om de beschermde vreemdeling geleidelijk aan zelfredzaam te maken. Zo wordt er specifiek gekeken naar de toekenning van een status, een verblijfsrecht en socio-economische rechten. Daarnaast wordt bekeken of de toegekende bescherming aan de vreemdeling de mogelijkheid geeft om een al dan niet duurzame oplossing voor zijn situatie te vinden. Deze kan plaatsvinden onder de vorm van lokale integratie, meer bepaald door de mogelijkheid om een duurzame verblijfstitel te verwerven en/of door naturalisatie, of onder de vorm van een vrijwillige terugkeer.

129. Tenslotte blijkt uit de analyse dat bescherming inhoudt dat er adequate beschermingsstructuren zijn; met name dient de benodigde bescherming toegankelijk te zijn door middel van een *procedure*. Er zal in de volgende delen van het proefschrift worden nagegaan of de verlening van bijkomende bescherming van vreemdelingen in het internationaal of nationaal recht dan wel in het Unierecht wordt verzekerd door het bestaan van een toegankelijke procedure die toelaat om de beschermingsbehoevende vreemdeling te identificeren.<sup>331</sup> Het is niet mijn bedoeling om te onderzoeken aan welke concrete elementen van preventieve en procedurele rechtsbescherming moet worden voldaan<sup>332</sup> - dit vormt een

---

<sup>331</sup> Zoals BOELES stelt: "*De procedure moet bestaan, en toegankelijk zijn voor het individu. Dit is een voorafgaande voorwaarde, een conditio sine qua non. Non-existente of ontoegankelijke procedures zijn per definitie ineffectief.*" P. BOELES, *Eerlijke immigratieprocedures in Europa*, Nederlands Centrum Buitenlanders, Utrecht, 1995, 17.

<sup>332</sup> BOUCKAERT definieert preventieve rechtsbescherming als het geheel van (procedurele) waarborgen ter omkadering van het beslissingsproces van de overheidsinstantie die bevoegd is om de immigratierechtelijke beslissing uit te vaardigen, zonder dat op dat ogenblik reeds vaststaat of er met betrekking tot deze beslissing een juridisch geschil zal ontstaan. Het gaat onder meer om de bescherming die wordt geboden door algemene rechtsbeginselen en beginselen van behoorlijk bestuur (zoals: het beginsel van redelijke termijn, het beginsel van respect voor de rechten van de verdediging, het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidbeginsel, het beginsel van *fair play*), de verplichting om administratieve beslissingen te motiveren, de verplichting om voorafgaandelijk het advies van een bepaalde instantie in te winnen, enz. Zie daarover M. DESOMER, "De Belgische asielprocedure en de Europese administratieve rechtsbeginselen van de hoorplicht en het recht op inzage", *T. Vreemd*. 2009, 15-24 en J. BAST, "Of General Principles and Trojan Horses – Procedural Due Process in Immigration Proceedings under EU Law", *German Law Journal* 2010, 1006-1024. Procedurele rechtsbescherming, daarentegen, bestrijkt dan weer het geheel van rechtsmiddelen, administratief of jurisdictioneel van aard, ten dienste van de vreemdeling nadat een verblijfsrechtelijke maatregel werd betekend waarover een juridisch geschil ontstaat. Zie daarover P. BOELES,

studie op zich.<sup>333</sup> Wel wordt er op algemene wijze onderzocht of de identificatie of het onderzoek op een individuele, eerlijke en doeltreffende wijze wordt uitgevoerd, of, anders gezegd, de gevolgde procedure mag de beschermingsbehoevende vreemdeling niet blootstellen aan een ongerechtvaardigd hoog risico tot schending van zijn materiële rechten.<sup>334</sup> Vervolgens wordt ook bekeken of de vreemdeling eventueel toegang heeft tot een daadwerkelijk rechtsmiddel.

---

*Eerlijke immigratieprocedures in Europa*, Nederlands Centrum Buitenlanders, Utrecht, 1995, 397p.; S. BOUCKAERT, *Documentloze vreemdelingen: Grondrechtenbescherming doorheen de Belgische en internationale rechtspraak vanaf 1985*, Antwerpen, Maklu, 2007, 143.

<sup>333</sup> Bovendien is het niet vanzelfsprekend dat de vereisten waaraan asielprocedures moeten voldoen, ook van toepassing zijn op de identificatieprocedures in het kader van bijkomende beschermingsnoden.

<sup>334</sup> S. LEGOMSKY, "Secondary Refugee Movements and the Return of Asylum Seekers to Third Countries: The Meaning of Effective Protection", *IJRL* 2003, 654: "*It is submitted (...) that the central (...) rationale for fair procedure in any context is that an unfair procedure necessarily produces an unjustifiable high risk of violating the individual's substantive rights.*"

# **DEEL 1: HET INTERNATIONALE EN UNIERECHTELIJKE KADER INZAKE BIJKOMENDE BESCHERMING**

Deel 1 van het proefschrift beschrijft het theoretisch kader van de relevante internationale en Unierechtelijke standaarden voor bijkomende bescherming (*de lege lata*). Er wordt met name nagegaan aan welke specifieke beschermingsnood de internationale en Unierechtelijke standaarden tegemoet komen (intern, extern, gemengd), wat de inhoud is van de verleende bescherming en op welke wijze de bescherming (procedureel) toegankelijk is.



## Hoofdstuk 1. Internationale minimumstandaarden voor bijkomende bescherming

130. Heden hebben ontvangende Staten niet enkel ten aanzien van vluchtelingen een verantwoordelijkheid tot bescherming opgenomen, maar bieden ze ook bijkomende bescherming aan andere categorieën van vreemdelingen in nood. De aanzet tot deze statelijke verantwoordelijkheid tot bijkomende bescherming van vreemdelingen in nood wordt ingegeven door hogere juridische normen die de soevereine bevoegdheid inzake migratiecontrole beperken. Deze hogere juridische normen worden gekenmerkt door een gelaagdheid in juridische bronnen (internationaal, EU en nationaal) en hun wederzijdse beïnvloeding. In die juridische gelaagdheid worden de standaarden waaraan de statelijke verantwoordelijkheid tot bijkomende bescherming minimaal moet voldoen, in eerste instantie bepaald door internationale rechtsinstrumenten en rechtspraak. Het kernelement van deze internationale minimumstandaarden voor bijkomende bescherming is de verplichting van de Staat om de vreemdeling niet van zijn grondgebied te verwijderen. De beschermingsmotieven of redenen voor deze niet-verwijdering zijn evenwel zeer uiteenlopend en houden verband met de diverse specifieke noden van de vreemdeling, met name externe, interne of gemengde beschermingsnoden.

131. In eerste instantie had het internationaal recht voornamelijk oog voor omstandigheden in het land van herkomst of terugkeer waartegen de vreemdeling beschermd moest worden (*externe bescherming*) door vervangende bescherming in de ontvangende Staat te bieden. De oorsprong daarvan ligt in het non-refoulementbeginsel, dat, zoals eerder vermeld, van een statenpraktijk uitgroeide tot een erkende internationale norm. Non-refoulement speelt een belangrijke rol in de bescherming van vluchtelingen en werd geconsolideerd in het VN-Vluchtelingenverdrag. Het VN-Vluchtelingenverdrag maakt de bescherming tegen refoulement alsook de verlening van de vluchtelingenstatus echter afhankelijk van het vervullen van de criteria in de vluchtelingendefinitie. Daardoor is de werkingssfeer van het VN-Vluchtelingenverdrag beperkt tot een bepaalde categorie van vreemdelingen in nood en biedt het geen antwoord voor andere categorieën van vreemdelingen in nood waarvan andere omstandigheden in het land van herkomst of terugkeer hun terugkeer verhinderen.

Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM) is aan deze lacune grotendeels tegemoetgekomen. Dit was mogelijk omdat, volgens artikel 1 EVRM, de verdragsluitende Staten gehouden zijn de rechten en vrijheden in dit Verdrag te verzekeren aan ‘een ieder die ressorteert onder haar rechtsmacht’. De bescherming die wordt verleend onder het EVRM is dus niet beperkt tot de eigen nationale onderdanen van de verdragsluitende Staten. Het gebruik van de woorden ‘een ieder’ maakt duidelijk dat deze bescherming evenzeer geldt voor alle individuen, inclusief vreemdelingen ongeacht hun nationaliteit of staatloosheid, ook als ze illegaal op het grondgebied van een verdragsluitende Staat verblijven.<sup>335</sup> Zo oordeelde het Hof ten aanzien van een illegaal verblijvende vreemdeling: “*Regardless of whether or not he ever entered the United Kingdom in the technical sense (...) it has to be noted that he has been physically present there and thus*

---

<sup>335</sup> Zie K. WOUTERS, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 202; H. LAMBERT, *The Position of Aliens in Relation to the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2007, 9-10.

*within the jurisdiction of the respondent State within the meaning of Article 1 of the Convention.*”<sup>336</sup>

De rechtspraak van het EHRM bevestigt eveneens keer op keer het recht van de verdragsluitende Staten om, als een regel van erkend internationaal recht en behoudens hun verdragsverplichtingen, de toegang, het verblijf en de verwijdering van vreemdelingen te controleren<sup>337</sup>, alsook het feit dat het EVRM geen recht op politiek asiel bevat.<sup>338</sup> Niettemin beschermt het EVRM een vreemdeling tegen eventuele verwijdering door een verdragsluitende Staat wanneer die kan leiden tot refoulement. Het EHRM stelt dat de aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid van een verdragsluitende Staat in het gedrang komt wanneer de vreemdeling, bij verwijdering naar het terugkeerland, wordt blootgesteld aan een schending van zijn rechten in het EVRM. Daarbij hanteert het Hof een progressieve interpretatie en toepassing van het non-refoulementbeginsel.

132. In tweede instantie, omwille van de algemene en universele toepassing van de mensenrechtenverdragen, zijn ontvangende Staten er niet alleen toe gehouden om een vreemdeling niet bloot te stellen aan mensenrechtenschendingen in zijn land van herkomst of terugkeer, maar ook om de mensenrechten die een vreemdeling op hun grondgebied geniet, te eerbiedigen. In het kader van de toepassing van het EVRM houdt dit in dat een vreemdeling door een verdragsluitende Staat eveneens niet kan worden verwijderd wanneer deze verwijdering aanleiding geeft tot een schending van de rechten en de vrijheden, gewaarborgd door het EVRM, die de vreemdeling op het grondgebied van de verdragsluitende Staat zelf geniet (*interne bescherming*). De soevereine bevoegdheid inzake migratiecontrole, m.n. de bevoegdheid tot verwijdering, wordt hier beperkt door de absolute rechten in het EVRM, zoals het verbod op onmenselijke behandeling, of de relatieve rechten in het EVRM, zoals het recht op een privé- en gezinsleven, waarbij de beginselen van noodzakelijkheid en evenredigheid spelen.

133. In derde instantie zijn er een aantal internationale rechtsinstrumenten die de ontvangende Staten verplichten om een vreemdeling met een kwetsbaar profiel niet te verwijderen wanneer er zowel een nood aan bescherming is in het land van herkomst of terugkeer alsook een beschermingsnood in de ontvangende Staat zelf (*gemengde bescherming*). Zo voorzien het VN-Kinderrechtenverdrag, het VN-Protocol inzake de voorkoming, bestrijding en bestraffing van mensenhandel, in het bijzonder vrouwenhandel en kinderhandel en het Verdrag van de Raad van Europa inzake bestrijding van mensenhandel in een bijzondere bescherming t.a.v. niet-begeleide minderjarige vreemdelingen en slachtoffers van mensenhandel. In navolging hiervan heeft ook het EHRM in zijn rechtspraak deze bijzondere bescherming van minderjarige vreemdelingen en slachtoffers van mensenhandel benadrukt.

Dit Hoofdstuk 1 van Deel 1 is gewijd aan de internationaalrechtelijke dimensie inzake bijkomende bescherming voor vreemdelingen. Het geeft een stand van zaken weer van de voornoemde *de lege lata* op internationaal niveau, waarbij concreet voor elk van de drie geïdentificeerde beschermingssituaties (extern, intern, gemengd) wordt nagegaan aan welke specifieke beschermingsnood wordt tegemoet gekomen, wat de inhoud is van de verleende bescherming en op welke wijze de bescherming toegankelijk is.

---

<sup>336</sup> EHRM 2 mei 1997, nr. 30240/96, *D. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 48.

<sup>337</sup> Zie o.m. EHRM 25 februari 1991, nr. 26/1989/186/246, *Moustaquim v. België*, par. 43; EHRM 28 juni 2011, nr. 8319/07 en 11449/07, *Sufi en Elmi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 212.

<sup>338</sup> Zie o.m. EHRM 26 september 1991, nr. 45/1990/236/302-306, *Vilvarajah e.a. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 102; EHRM 28 juni 2011, nr. 8319/07 en 11449/07, *Sufi en Elmi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 212.



## Afdeling 1. Externe bescherming: bescherming tegen omstandigheden in het land van herkomst of terugkeer op basis van impliciete non-refoulementbeginselen in het EVRM

134. Wanneer bescherming wordt gezocht tegen omstandigheden in het land van herkomst of terugkeer, dan vormt het non-refoulementbeginsel bij uitstek de internationale minimumstandaard voor bescherming. Er wordt algemeen aanvaard dat *“the prohibition on refoulement prohibits, in broad and general terms, the forced or indirect removal of an individual to a country or territory where he runs a risk of being subjected to serious human rights violations.”*<sup>339</sup>

Juridisch kan het verbod op refoulement nauwkeuriger worden ingevuld, maar afhankelijk van het internationaal rechtsinstrument waarvan het non-refoulementbeginsel (hetzij uitdrukkelijk, hetzij impliciet) deel uitmaakt, zal de concrete invulling en toepassing ervan verschillen. Daardoor is er geen gemeenschappelijke definitie. WOUTERS onderzocht de werkingssfeer van het non-refoulementbeginsel onder vier internationale verdragen, met name het VN-Vluchtelingenverdrag, het EVRM, het Internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten en het VN-Antifolterverdrag, met de doelstelling om de internationale betekenis van het verbod op refoulement te achterhalen.<sup>340</sup> Uit zijn onderzoek blijkt: *“Het verbod van refoulement is niet een uniform en eenduidig verbod. De verboden zoals ze zijn neergelegd en zich ontwikkeld hebben in de vier onderzochte verdragen bevatten gemeenschappelijke kenmerken, en zijn complementair, maar verschillen op belangrijke punten van inhoud en reikwijdte.”*<sup>341</sup>

Dit onderdeel beperkt zich tot een analyse van het non-refoulementbeginsel onder het EVRM, zoals ontwikkeld door de rechtspraak van het EHRM. Immers, in het kader van de Europese Unie, is dit het belangrijkste internationale rechtsinstrument inzake non-refoulement. In dit onderdeel wordt nagegaan wat de precieze inhoud en draagwijdte is van het verbod op refoulement onder het EVRM.

Daarbij moet worden verduidelijkt dat het EVRM geen uitdrukkelijk non-refoulementbeginsel kent. Het is op basis van artikel 3 EVRM dat het EHRM in zijn rechtspraak een eerste non-refoulementbeginsel ontwikkelde. Uit latere rechtspraak van het Hof kan worden afgeleid dat ook andere bepalingen van het EVRM een non-refoulementbeginsel kunnen inhouden.

---

<sup>339</sup> K. WOUTERS, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, supra noot 335, 25.

<sup>340</sup> K. WOUTERS, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, supra noot 335, 638p.

<sup>341</sup> K. WOUTERS, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, supra noot 335, 589.

## **§ 1. Artikel 3 EVRM als basis voor een inherent non-refoulement beginsel**

135. Artikel 3 EVRM stelt een verbod in op foltering, onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing. Hoewel het EVRM uit 1950 dateert en de voormalige Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (hierna: Europese Commissie Mensenrechten)<sup>342</sup> alsook de Algemene Vergadering van de Raad van Europa<sup>343</sup> reeds in de jaren 1960 en 1970 uit de interpretatie van artikel 3 EVRM een non-refoulementbeginsel afleidden, was het pas in de jaren 1990 dat het Hof het non-refoulementbeginsel in zijn rechtspraak bevestigde. In de zaak *Soering* van 1989 stelde het Hof vast dat artikel 3 EVRM een *inherente* verplichting bevat om een vreemdeling niet uit te leveren aan een land wanneer er zwaarwegende gronden bestaan om aan te nemen dat er een reëel risico bestaat dat hij zou worden blootgesteld aan foltering, onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing.<sup>344</sup> Dit *Soering*-arrest is het startschot geweest voor een uitgebreide rechtspraak. Enerzijds heeft vaste rechtspraak daarbij een aantal belangrijke basisbeginselen m.b.t. non-refoulement neergelegd. Anderzijds, in confrontatie met een aantal niet zo voor de hand liggende situaties, heeft deze rechtspraak, op progressieve wijze, steeds meer de grenzen van de toepassing van het non-refoulementbeginsel afgetast.

136. Het Hof heeft steeds het prerogatief van Staten op migratiecontrole benadrukt: “*as a matter of well-established international law, and subject to their treaty obligations, including those arising from the Convention, Contracting States have the right to control the entry, residence and removal of aliens*”.<sup>345</sup>

Artikel 3 EVRM vormt echter een uitzondering op dit prerogatief van de Staat. Uit het *Soering*-arrest blijkt dat het Hof dit afleidt uit de bijzondere aard van artikel 3 EVRM<sup>346</sup>: het is immers een niet-opschortbaar recht en het heeft dus een absoluut karakter. Het absoluut verbod op foltering, onmenselijke en vernederende behandeling of bestraffing belichaamt één van de fundamentele waarden in de democratische samenlevingen die behoren tot de Raad van Europa. Bovendien is dit verbod ook in andere internationale instrumenten opgenomen en is het een internationaal aanvaarde standaard. Het zou dan ook weinig in overeenstemming zijn met de onderliggende waarden van het Verdrag, met name “*een gemeenschappelijk erfdeel (...) van politieke tradities, idealen, vrijheid en heerschappij van het recht*” waarnaar de preambule van het Verdrag verwijst, indien een verdragsluitende Staat wetens en willens een individu overdraagt aan een andere Staat wanneer er zwaarwegende gronden zijn om aan te nemen dat hij gevaar loopt te worden blootgesteld aan foltering of onmenselijke behandeling. Zulke handeling zou duidelijk tegenstrijdig zijn met de geest en het doel van artikel 3 EVRM en bijgevolg stelt het Hof dan ook een inherente verplichting tot non-refoulement vast.

---

<sup>342</sup> Europese Commissie Mensenrechten 19 juli 1974, nr. 5961/72, *Amekrane v. United Kingdom* (minnelijke schikking).

<sup>343</sup> Council of Europe, Recommendation 434 (1965) on the Granting of the Right of Asylum to European Refugees, 1 October 1965, 434 (1965), point 11 (ii).

<sup>344</sup> EHRM 7 juli 1989, nr. 14038/88, *Soering v. Verenigd Koninkrijk*, par. 88 (in fine).

<sup>345</sup> EHRM 28 februari 2008, nr. 37201/06, *Saadi v. Italië*, par 124.

<sup>346</sup> Zie EHRM 7 juli 1989, nr. 14038/88, *Soering v. Verenigd Koninkrijk*, par. 85-91 voor de volledige redenering van het Hof.

Hoewel het Hof in principe niet de gewoonte heeft om zich uit te spreken over het bestaan van potentiële schendingen, voert het Hof in het *Soering*-arrest aan dat van dit principe moet worden afgeweken wanneer een verzoeker beweert dat een verwijdering en de voorzienbare gevolgen ervan in strijd zijn met artikel 3 EVRM. Het risico op de blootstelling aan ernstig en onherstelbaar lijden vereist immers een effectieve en praktische toepassing van de waarborgen in artikel 3 EVRM (effectiviteitsbeginsel).

137. Het beoordelen van een risico op non-refoulement houdt onvermijdelijk een beoordeling in van de omstandigheden in het land van terugkeer op basis van de standaarden van artikel 3 EVRM. Er is daarentegen geen sprake van dat er een uitspraak wordt gedaan over het land van terugkeer noch een oordeel wordt geveld over de eventuele verantwoordelijkheid van dit land van terugkeer, hetzij onder internationaal recht, hetzij onder het EVRM of anderszins.<sup>347</sup> Integendeel, in zover enige aansprakelijkheid wordt vastgesteld onder het EVRM, betreft het enkel een aansprakelijkheid die wordt opgelopen door een verdragsluitende Staat wanneer de handeling van verwijdering (in algemene zin) een keten van gebeurtenissen in gang zet die tot gevolg heeft dat een individu rechtstreeks of onrechtstreeks<sup>348</sup> wordt blootgesteld aan foltering of onmenselijke behandeling.<sup>349</sup>

138. Tenslotte is het van belang om op te merken dat hoewel het *Soering*-arrest betrekking had op een situatie van uitlevering ('*extradition*'), de toepassing van het non-refoulementbeginsel en de daaruitvolgende principes later ook bevestigd zijn in het *Chahal*-arrest dat betrekking had op andere situaties van verwijdering, bijvoorbeeld uitzetting van asielzoekers ('*expulsion*').<sup>350</sup> Het Hof heeft recent bevestigd dat wat de reden of de juridische basis ook is voor de verwijdering van de vreemdeling van het grondgebied (bijvoorbeeld een

---

<sup>347</sup> Een uitzondering hierop is evenwel de situatie waarin een individu wordt overgedragen van een verdragsluitende Staat naar een andere verdragsluitende Staat. Zie *infra* noot 348.

<sup>348</sup> Ook onrechtstreekse refoulement kan aanleiding geven tot aansprakelijkheid onder artikel 3 EVRM, omdat verwijdering naar een tussenland slechts een schakel kan zijn in een keten van gebeurtenissen die kan leiden tot rechtstreekse refoulement. Praktische afspraken inzake het toekennen van verantwoordelijkheid m.b.t. het behandelen van asielaanvragen kunnen gevolgen hebben voor fundamentele rechten. Verdragsluitende staten kunnen zich op basis van zulke afspraken niet vrijstellen van hun aansprakelijkheid onder het EVRM. EHRM 7 maart 2000, nr. 43844/98, *T.I. v. Verenigd Koninkrijk* (onontvankelijkheidsbeslissing): "*The Court finds that the indirect removal in this case to an intermediary country, which is also a Contracting State, does not affect the responsibility of the United Kingdom to ensure that the applicant is not, as a result of its decision to expel, exposed to treatment contrary to Article 3 of the Convention.*" Dit principe werd bevestigd in EHRM 2 december 2008, nr. 32733/08, *K.R.S. v. Verenigd Koninkrijk*. In EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. België*, par. 338-361, herinnerde het Hof eraan dat "*When they apply the Dublin Regulation, therefore, the States must make sure that the intermediary country's asylum procedure affords sufficient guarantees to avoid an asylum seeker being removed, directly or indirectly, to his country of origin without any evaluation of the risks he faces from the standpoint of Article 3 of the Convention.*" Het Hof oordeelde dat België bij de transfer van de verzoeker naar Griekenland op basis van de Dublin-verordening wist of had moeten weten dat de verzoeker geen garantie had dat zijn asielaanvraag ernstig zou worden onderzocht door de Griekse overheden. De Belgische overheid had, in het licht van de beschikbare informatie, niet zomaar mogen veronderstellen dat Griekenland zijn verplichtingen onder het EVRM zou nakomen, maar had moeten verifiëren hoe de Griekse overheid de asielwetgeving in praktijk toepaste. Door de asielzoeker toch over te dragen, stelde België de asielzoeker bloot aan een reëel risico op slechte behandeling als gevolg van de gebrekkige Griekse asielprocedure. Ook afspraken of verdragen inzake de terugkeer van illegaal verblijvende migranten kunnen aanleiding geven tot indirecte refoulement. In de zaak *Hirsi Jamaa e.a. v. Italië*, oordeelde het Hof dat Italië, na het sluiten van een bilateraal akkoord met Libië, niet correct was nagegaan of er voldoende waarborgen bestonden tegen indirecte refoulement. Het Hof hield rekening met het feit dat Libië het VN-Vluchtelingenverdrag niet had geratificeerd, er geen enkele vorm van asielprocedure was voorzien, UNHCR's activiteiten in Libië geen waarborg vormden tegen willekeurige verwijderingen en het verwerven van een vluchtelingenstatus zelfs de kwetsbaarheid voor verwijdering kon verhogen. Het Hof oordeelde dan ook dat Italië op het moment van de verwijdering wist of had moeten weten dat er onvoldoende waarborgen waren tegen het risico op willekeurige terugkeer naar het land van herkomst. EHRM 23 februari 2012, nr. 27765/09, *Hirsi Jamaa e.a. v. Italië*, par. 146-158.

<sup>349</sup> EHRM 7 juli 1989, nr. 14038/88, *Soering v. Verenigd Koninkrijk*, par. 91.

<sup>350</sup> EHRM 27 juni 1995, nr. 22414/93, *Chahal v. Verenigd Koninkrijk*; EHRM 20 maart 1991, nr. 15576/89, *Cruz Varas v. Zweden* en EHRM 30 oktober 1991, nr. 45/1990/236/302-306, *Vilvarajah e.a. v. Verenigd Koninkrijk*. In verwijderingszaken waarbij asielzoekers betrokken zijn, zal het Hof de asielaanvraag zelf niet onderzoeken noch nagaan hoe verdragsluitende staten hun verplichtingen onder het VN-Vluchtelingenverdrag eerbiedigen: EHRM 13 oktober 2011, nr. 10611/09, *Husseini v. Zweden*, par. 83. Het Hof zal echter nagaan of de beoordeling inzake verwijdering redelijk is en voldoende wordt ondersteund door zowel intern als extern materiaal (bijvoorbeeld informatie van andere staten, van VN-agentschappen en NGO's).

uitlevering of een uitzetting), het onderzoek naar het bestaan van een reëel risico op behandeling tegenstrijdig met artikel 3 EVRM moet steeds dezelfde zijn.<sup>351</sup>

A. Algemene beginselen m.b.t. de inhoud van het non-refoulementbeginsel onder artikel 3 EVRM

a.) Een reëel risico

139. Een eerste inhoudelijk element van het non-refoulementbeginsel onder artikel 3 EVRM<sup>352</sup> is dat van het reëel risico. Om aanspraak te kunnen maken op bescherming onder artikel 3 EVRM moeten zwaarwegende gronden (d.i. geloofwaardige gronden) worden aangetoond voor een reëel risico aan blootstelling aan een behandeling of bestraffing verboden onder artikel 3. Dit risico moet reëel, persoonlijk en voorzienbaar zijn en dus meer inhouden dan enkel de mogelijkheid op een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM.<sup>353</sup> Volgens de analyse van WOUTERS impliceert een reëel, persoonlijk en voorzienbaar risico dat het risico prospectief is, meer bepaald het risico moet echt zijn, d.i. realistisch en niet fictief; voorts moet het risico persoonlijk zijn, meer bepaald het risico moet slaan op het betrokken individu. Het risicocriterium is een objectieve vereiste: het houdt in eerste instantie een beoordeling in van alle specifieke feiten en omstandigheden van de zaak, zodat het eventueel bestaan van een objectief gevaar kan worden vastgesteld.<sup>354</sup> Een subjectieve vrees kan een belangrijke factor zijn in het beoordelen van de feiten, maar enkel in tweede orde: een subjectieve vrees is enkel relevant wanneer er een objectieve basis is die het bestaan van een reëel risico onderbouwt.<sup>355</sup>

140. Het voorwerp van de rechtsbescherming onder artikel 3 EVRM is in wezen de fysieke integriteit alsook de menselijke waardigheid van het individu. De gevreesde behandeling of bestraffing moet een minimumniveau van hardheid bereiken vooraleer het valt onder de werking van artikel 3 EVRM. De minimumdrempel die een behandeling dient te bereiken om als een onmenselijke behandeling of als foltering te worden gekenmerkt, wordt door het Hof als volgt omschreven: *“As regards the types of “treatment” which fall within the scope of Article 3 of the Convention, the Court’s case-law refers to “ill-treatment” that attains a minimum level of severity and involves actual bodily injury or intense physical or mental suffering (...).*<sup>356</sup>

Hoewel alle voornoemde behandelingen en bestraffingen in artikel 3 EVRM op gelijke voet zijn verboden, ligt het minimumniveau van hardheid dat t.a.v. foltering wordt vereist hoger dan t.a.v. een onmenselijke behandeling. Dit onderscheid vloeit voornamelijk voort uit een verschil in de intensiteit van het veroorzaakte leed.<sup>357</sup> Om een behandeling als foltering te kwalificeren is daarbij het element van opzettelijkheid vereist.<sup>358</sup> Het onderscheid tussen foltering en een onmenselijke behandeling, enerzijds, en een vernederende behandeling, anderzijds, ligt erin dat een vernederende behandeling geen lichamelijke of geestelijke schade

---

<sup>351</sup> EHRM 17 januari 2012, nr. 9146/07 en 32650/07, *Harkins en Edwards v. Verenigd Koninkrijk*, par. 120.

<sup>352</sup> D. HARRIS, M. O'BOYLE en C. WARBRICK (eds.), *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 69-112. Zie voor een samenvatting van de beginselen die het EHRM in zijn rechtspraak heeft ontwikkeld t.a.v. de verantwoordelijkheid van de verdragsluitende staten in situaties van verwijdering van vreemdelingen: EHRM 11 oktober 2011, nr. 46390/10, *Auad v. Bulgarije*, par. 96 -100.

<sup>353</sup> EHRM 30 oktober 1991, nr. 45/1990/236/302-306, *Vilvarajah e.a. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 108 en 111.

<sup>354</sup> EHRM 12 april 2005, nr. 36378/02, *Shamayev e.a. v. Georgië en Rusland*, par. 340.

<sup>355</sup> K. WOUTERS, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, supra noot 335, 248.

<sup>356</sup> Dit is de zogenaamde 'Pretty-threshold': EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02, *Pretty v. Verenigd Koninkrijk*, par. 53 en EHRM, Grote Kamer, 16 december 1999, nr. 2488/94, *V. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 71.

<sup>357</sup> EHRM 18 januari 1978, nr. 5310/07, *Ierland v. Verenigd Koninkrijk*, par. 167.

<sup>358</sup> Het Hof steunt hiervoor op artikel 1 van het VN-Antifolterverdrag: EHRM 28 juli 1999, nr. 25803/94, *Selmouni v. Frankrijk*, par. 97-100.

dient te veroorzaken. Het Hof omschrijft een vernederende behandeling als volgt: “*Where treatment humiliates or debases an individual, showing a lack of respect for, or diminishing, his or her human dignity, or arouses feelings of fear, anguish or inferiority capable of breaking an individual’s moral and physical resistance, it may be characterised as degrading and also fall within the prohibition of Article 3 (...). Moreover, it is sufficient if the victim is humiliated in his or her own eyes (...). Finally, in considering whether a treatment is “degrading” within the meaning of Article 3, the Court will have regard to whether its object is to humiliate and debase the person concerned and whether, as far as the consequences are concerned, it adversely affected his or her personality in a manner incompatible with Article 3. Even the absence of such a purpose cannot conclusively rule out a finding of a violation of Article 3 (...).*”<sup>359</sup>

Het Hof stelt verder: “*The suffering which flows from naturally occurring illness, physical or mental, may be covered by Article 3, where it is, or risks being, exacerbated by treatment, whether flowing from conditions of detention, expulsion or other measures, for which the authorities can be held responsible.*”<sup>360</sup>

De beoordeling van het vereiste minimumniveau van hardheid vindt steeds plaats in het licht van alle feiten en omstandigheden van het individuele geval (de beoordeling is dus relatief): “*The assessment of this minimum is relative; it depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical and mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim.*”<sup>361</sup>

Hierbij moet worden vastgesteld dat het Hof meer en meer de eventuele kwetsbaarheid van het betrokken individu in rekening neemt. In de zaak *Dudgeon* sprak het Hof zich reeds uit over “*individuals who are in need of special protection for reasons such as lack of maturity, mental disability or state of dependence*”.<sup>362</sup> Zo werden in de loop der jaren onder meer minderjarigen<sup>363</sup>, slachtoffers van foltering<sup>364</sup>, gedetineerden<sup>365</sup>, personen die lijden aan een geestelijke aandoening<sup>366</sup>, Roma<sup>367</sup> en asielzoekers of vluchtelingen<sup>368</sup> aangemerkt als personen die behoren tot ‘kwetsbare groepen’.<sup>369</sup>

Tenslotte moet worden benadrukt dat in verwijderingszaken waar een prospectieve beoordeling is vereist van het bestaan van een reëel risico op een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM in een externe context, m.n. het land van terugkeer, het niet steeds mogelijk zal zijn om te bepalen of een bepaalde slechte behandeling dat niveau van hardheid zal bereiken om als foltering te worden gekwalificeerd. In wezen heeft dit onderscheid ook geen belang: zowel foltering als onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen zijn in absolute bewoordingen verboden. Het Hof heeft geoordeeld dat: “*For this reason, whenever the Court has found that a proposed removal would be in violation of Article 3 because of a real risk of ill-treatment which would be intentionally inflicted in the receiving*

---

<sup>359</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM 18 juni 2009, nr. 45603/05, *Budina v. Rusland* (ontvankelijkheidsbeslissing). Zie hierover meer in H. LAMBERT, “The European Convention on Human Rights and the Protection of Refugees: Limits and Opportunities”, *Refugee Survey Quarterly* 2005, 41.

<sup>360</sup> EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02, *Pretty v. Verenigd Koninkrijk*, par. 52.

<sup>361</sup> Zie EHRM 15 juli 2002, nr. 47095/99, *Kalashnikov v. Rusland*, par. 95; EHRM 28 juni 2011, nr. 8319/07 en 11449/07, *Sufi en Elmi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 213.

<sup>362</sup> EHRM 22 oktober 1981, nr. 7525/76, *Dudgeon v. Verenigd Koninkrijk*, par. 49.

<sup>363</sup> EHRM 19 januari 2012, nr. 39472/07 en 39474/07, *Popov v. Verenigd Koninkrijk*, par. 91.

<sup>364</sup> EHRM 25 september 1997, nr. 23178/94, *Aydin v. Turkije*, par. 103.

<sup>365</sup> EHRM 12 april 2005, nr. 36378/02, *Chamaïev v. Georgië en Rusland*, par. 375.

<sup>366</sup> EHRM 3 april 2001, nr. 27229/95, *Keenan v. Verenigd Koninkrijk*, par. 111.

<sup>367</sup> EHRM 13 november 2007, nr. 57325/00, *D.H. e.a. v. Tsjechië*, par. 176.

<sup>368</sup> EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. België en Griekenland*, par. 232.

<sup>369</sup> Zie hierover meer in L. PERONI en A. TIMMERS, “Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention Law”, *International Journal of Constitutional Law* 2013, 1056-1085.

*State, it has normally refrained from considering whether the ill-treatment in question should be characterised as torture or inhuman or degrading treatment or punishment.”*<sup>370</sup>

## b.) Ongeoorloofde behandelingen

141. Ongeoorloofde behandelingen onder artikel 3 EVRM kunnen o.m. het gevolg zijn van opzettelijke of onopzettelijke daden of nalatigheden. Volgende behandelingen en bestraffingen werden aangemerkt als een schending van artikel 3 EVRM, m.n. publieke lijfstraffen<sup>371</sup>, steniging<sup>372</sup> en dwangarbeid<sup>373</sup>. Het Hof heeft ook naar ontvoeringen, verkrachting<sup>374</sup>, mishandeling van gevangenen, willekeurige arrestaties, ‘incommunicado’ vasthoudingen en bepaalde detentieomstandigheden<sup>375</sup>, levenslange gevangenisstraffen<sup>376</sup>, alsook naar

<sup>370</sup> EHRM 17 januari 2012, nr. 9146/07 en 32650/07, *Harkins en Edwards v. Verenigd Koninkrijk*, par. 121-123.

<sup>371</sup> EHRM 22 juni 2006, nr. 24245/03, *D. en anderen v. Turkije*, par. 50.

<sup>372</sup> EHRM 11 juli 2000, nr. 40035/98, *Jabari v. Turkije*, par. 34-42.

<sup>373</sup> EHRM 11 januari 2007, nr. 1948/04, *Salah Sheekh v. Nederland*, par. 146.

<sup>374</sup> EHRM 25 september 1997, nr. 23178/94, *Aydin v. Turkije*, par. 80-88.

<sup>375</sup> Wat betreft de omstandigheden van de vasthouding, luidt de vaste rechtspraak als volgt:

“202. For a violation of Article 3 to arise from an applicant's conditions of detention, the suffering and humiliation involved must go beyond that inevitable element of suffering or humiliation connected with a given form of legitimate treatment or punishment (see *Enea v. Italy* [GC], no. 74912/01 § 56, ECHR 2009-...). Measures depriving a person of his liberty may often involve an element of suffering or humiliation. However, the State must ensure that a person is detained under conditions which are compatible with respect for his human dignity, that the manner and method of the execution of the measure do not subject him to distress or hardship exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention and that, given the practical demands of imprisonment, his health and well-being are adequately secured (see *Kudla v. Poland* [GC], no. 30210/96 §§ 92-94158, ECHR-XI, and *Cenbauer v. Croatia*, no. 73786/01 § 44, ECHR 2006-III; *A.B. v. Russia*, cited above § 100).

203. When assessing conditions of detention, account has to be taken of the cumulative effects of these conditions, as well as of specific allegations made by the applicant (see *Dougoz v. Greece*, no. 40907/98 § 46, ECHR 2001-II). The length of the period during which a person is detained in the particular conditions also has to be considered (see, among other authorities, *Ciorap v. Moldova*, no. 12066/02 § 64, 19 June 2007; *Alver v. Estonia*, no. 64812/01, 8 November 2005; *Ostrovar v. Moldova*, no. 35207/03 § 79, 13 September 2005).” EHRM 10 april 2012, nrs. 24027/07, 11949/08, 66911/09 en 67354/09, *Babar Ahmad e.a. v. Verenigd Koninkrijk* (de zgn. Abu Hamza-zaak).

In de zaak *Babar Ahmad* wees het Hof, naast bovenstaande algemene principes, ook op een aantal specifiekere principes die eveneens van toepassing zijn bij de beoordeling van de omstandigheden van de vasthouding, in het bijzonder beginselen betreffende het gebruik van isoleercellen, de mogelijkheden tot recreatie en beweging in de buitenluchten en de toegang tot gezondheidszorg, met name voor gevangenen die kampen met geestelijke gezondheidsproblemen. Zie paragrafen 205 tot en met 215 in EHRM 10 april 2012, nrs. 24027/07, 11949/08, 66911/09 en 67354/09, *Babar Ahmad e.a. v. Verenigd Koninkrijk*. In deze zaak oordeelde het Hof overigens dat de uitlevering van de verzoekers in kwestie aan de Verenigde Staten geen schending van artikel 3 EVRM uitmaakte, hoewel het risico bestond dat ze zouden terecht komen in ADX Florida, een gevangenis gekend omwille van haar regime van maximale veiligheid, onderworpen zouden worden aan bijzondere administratieve maatregelen en veroordeeld zouden worden tot onbeperkte levenslange gevangenisstraffen. De leefomstandigheden in ADX Florida voldeden aan de vereisten onder artikel 3 EVRM, er waren voldoende procedurele waarborgen, en het regime van isolatie werd na onderzoek als gedeeltelijk en relatief beoordeeld door het Hof, aangezien er voldoende mogelijkheden waren tot menselijk contact en recreatie. Wat betreft de mogelijkheid van een levenslange vasthouding, oordeelde het Hof dat zelfs indien een dergelijke straf zou worden opgelegd, deze, gezien de ernst van de beschuldigingen, niet overdreven disproportioneel zou zijn. Voorts slaagden de verzoekers er niet in om aan te tonen dat ze zouden worden onderworpen aan een levenslange gevangenisstraf zonder mogelijkheid tot voorwaardelijke invrijheidstelling, of een levenslange gevangenisstraf die niet langer gerechtvaardigd zou zijn omwille van een penologische noodzaak voor een verdere detentie en waar de opgelegde straf *de facto* en *de jure* niet verminderd zou kunnen worden.

<sup>376</sup> Het Hof oordeelt dat het opleggen van een levenslange gevangenisstraf op zichzelf niet onverenigbaar is met artikel 3 EVRM, zolang deze straf in verhouding staat met het misdrijf dat veroordeeld is en er een daadwerkelijke mogelijkheid bestaat op vroegere vrijlating. Een levenslange gevangenisstraf dient zowel *de jure* als *de facto* enig perspectief op invrijheidstelling te bieden. Deze invrijheidstelling moet afhankelijk worden gesteld van objectieve criteria die van bij het begin kenbaar moeten zijn voor de veroordeelde. Die criteria moeten betrekking op een penologische noodzaak voor de verdere detentie en resocialisatie. De criteria moeten bovendien kunnen worden ingeroepen in een geëigende procedure of mechanisme. Als aan deze vereisten niet voldaan, dan is er een niet-samendrukbare straf, wat in strijd is met artikel 3 EVRM.

In de zaak *Trabelsi* oordeelde het Hof dat de uitlevering van verzoeker aan de Verenigde Staten een schending inhield van artikel 3 EVRM omdat, hoewel hij nog in afwachting is van zijn proces, de verzoeker bij een eventuele veroordeling het voorwerp zou kunnen zijn van een levenslange gevangenisstraf zonder dat de Amerikaanse overheden enige concrete waarborgen hebben gegeven dat de verzoeker een niet-samendrukbare gevangenisstraf zonder mogelijkheid tot vervroegde vrijlating of een voorwaardelijke invrijheidstelling zou worden bespaard. Hoewel de Amerikaanse wetgeving een aantal mogelijkheden voorziet om een levenslange gevangenisstraf te beperken waardoor een uitzicht op invrijheidstelling wordt verschaft, zoals het verlenen van gratie door de president, is er

buitengerechtelijke dodingen verwezen als behandelingen en bestraffingen die eveneens artikel 3 EVRM schenden.<sup>377</sup> Daarnaast kunnen, volgens het Hof, ook handelingen die zich meer in de privésfeer bevinden zoals genitale mutilatie<sup>378</sup> en huiselijk geweld<sup>379</sup> in strijd zijn met artikel 3 EVRM. Het non-refoulementbeginsel onder artikel 3 EVRM beschermt echter meer dan 'lijf en leden' of 'leven en vrijheid' en dus kunnen, vanuit het oogpunt van de menselijke waardigheid, ook bepaalde socio-economische behandelingen of humanitaire situaties door het Hof worden aangemerkt als onmenselijke of vernederende behandelingen, zoals een situatie van extreme armoede.<sup>380</sup>

### c.) Absoluut karakter

142. Omdat artikel 3 EVRM op absolute wijze foltering of onmenselijke of vernederende behandeling verbiedt, vereist het non-refoulementbeginsel onder het EVRM geen verband met een vervolgingsgrond.

Het doet het er voorts ook niet toe of een verboden behandeling plaatsvindt in een interne context (in de verdragsluitende Staat zelf) of een verboden behandeling plaatsvindt in een externe context (in een ander land).<sup>381</sup> Er gelden dus geen verschillende standaarden; artikel 3 EVRM is even absoluut in zaken m.b.t. de verwijdering van het grondgebied als in interne zaken.<sup>382</sup> De beoordeling van het hardheidsniveau dat vereist is om een behandeling als strijdig met artikel 3 EVRM aan te merken, moet zowel in interne als in externe zaken op dezelfde wijze gebeuren.<sup>383</sup>

Het absolute karakter houdt ook in dat bij verwijderingszaken, ongeacht het gedrag van de betrokkene, er ook geen afweging mag worden gemaakt tussen de belangen van de gemeenschap en de bescherming tegen refoulement.<sup>384</sup> Het Hof erkent dat, als deel van de strijd tegen terrorisme, het aan Staten moet worden toegelaten om vreemdelingen die als een bedreiging voor de nationale veiligheid worden aanzien, te verwijderen of uit te leveren.<sup>385</sup> Evenwel mag een dergelijke deportatie niet in strijd zijn met de rechten van de vreemdeling onder het EVRM. De activiteiten van de betrokkene, hoe onwenselijk of gevaarlijk ook, mogen niet in rekening worden gebracht bij de toepassing van artikel 3 EVRM.<sup>386</sup> Kortom, artikel 3

---

echter geen procedure voorzien die een effectieve mogelijkheid tot een vervroegde vrijlating biedt als aan de gepaste criteria zou zijn voldaan. EHRM 4 september 2014, nr. 140/10, *Trabelsi v. België*.

<sup>377</sup> Zie o.m. EHRM 15 november 1996, nr. 22414/93, *Chahal v. Verenigd Koninkrijk*, par. 99, par. 87-107; EHRM 6 maart 2001, nr. 45276/99, *Hilal v. Verenigd Koninkrijk*, par. 66; EHRM 5 juli 2005, nr. 2345/02, *Said v. Nederland*, par. 54; EHRM 1 april 2010, nr. 24268/08, *Klein v. Rusland*, par. 53.

<sup>378</sup> EHRM 8 maart 2007, nr. 23944/05, *Collins en Akaziebie v. Zweden* (onontvankelijkheidsbeslissing): In casu konden de verzoekers hun beweringen niet hardmaken: "it is difficult to see why the first applicant, having shown such a considerable amount of strength and independence, cannot protect the second applicant from being subjected to FGM, if not in Delta State, then at least in one of the other states in Nigeria where FGM is prohibited by law and/or less widespread than in Delta State". EHRM 17 mei 2011, nr. 43408/08, *Izevbekhai e.a. v. Ierland* (onontvankelijkheidsbeslissing), par. 73: In casu oordeelde het Hof dat er in het noorden van Nigeria een intern vluchtalternatief aanwezig is en dat de verzoekers hun dochters kunnen beschermen tegen vrouwelijke genitale mutilatie bij terugkeer in Nigeria. Zie ook EHRM 20 september 2011, nr. 8969/10, *Omeredo v. Oostenrijk* (onontvankelijkheidsbeslissing) en EHRM 10 april 2012, nr. 35745/11, *R.W. v. Zweden* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>379</sup> EHRM 20 juli 2010, nr. 23505/09, *N. v. Zweden*, par. 57. Het Hof verwees in deze zaak naar het feit dat 80% van de Afghaanse vrouwen het slachtoffer is van huiselijk geweld en dat Afghaanse overheden dit geweld als gewettigd aanvaarden en dus niet vervolgen.

<sup>380</sup> EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. Griekenland en België*, par. 367.

<sup>381</sup> EHRM 28 februari 2008, nr. 37201/06, *Saadi v. Italië*, par. 138.

<sup>382</sup> EHRM 22 juni 2006, nr. 24245/03, *D. e.a. v. Turkije*, par. 45.

<sup>383</sup> EHRM 17 januari 2012, nr. 9146/07 en 32650/07, *Harkins en Edwards v. Verenigd Koninkrijk*, par. 124.

<sup>384</sup> Uit paragraaf 89 van het *Soering*-arrest mag niet worden afgeleid dat er, om de verantwoordelijkheid van een Staat onder artikel 3 EVRM te bepalen, ruimte is voor een afweging van het risico op slechte behandeling tegen de redenen voor verwijdering. Zie EHRM 27 juni 1995, nr. 22414/93, *Chahal v. Verenigd Koninkrijk*, par. 81.

<sup>385</sup> EHRM 17 januari 2012, nr. 8139/09, *Othman (Abu Qatada) v. Verenigd Koninkrijk*, par. 184.

<sup>386</sup> Het absolute karakter van artikel 3 EVRM, zelfs in het kader van de terrorismebestrijding, werd bevestigd in EHRM 28 februari 2008, nr. 37201/06, *Saadi v. Italië*, par. 138. Zie voor een belangrijke zaak over uitlevering wegens

EVRM kent geen uitsluitingsgronden of kan niet beperkt worden op grond van openbare orde of nationale veiligheid. De beoordeling van het reëel risico staat los van de redenen voor verwijdering, waardoor de bescherming die wordt verleend onder artikel 3 EVRM dus breder is dan de bescherming verleend onder artikel 33 VN-Vluchtelingenverdrag.<sup>387</sup> Vreemdelingen die werden uitgesloten van de vluchtelingenstatus of van het non-refoulementbeginsel in art. 33 VN-Vluchtelingenverdrag, kunnen in artikel 3 EVRM aldus een vangnet vinden.<sup>388</sup>

#### d.) Non-refoulement ongeacht de oorsprong van het reëel risico

143. Bij het beoordelen van een reëel risico op blootstelling aan een behandeling of bestraffing verboden onder artikel 3 EVRM in een ander land, maakt het niet uit van wie deze behandeling uitgaat. De rechtspraak van het Hof beperkt de werkingssfeer van artikel 3 EVRM niet tot slechte behandelingen die uitgaan van overheidsactoren, maar aanvaardt evenzeer dat ook niet-overheidsactoren (privépersonen of groepen die geen overheidspersoneel zijn) of andere factoren aan de bron kunnen liggen van een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM. Het reëel risico op een schending van artikel 3 EVRM wordt daarenboven niet noodzakelijk ontkracht door het gebrek aan overheidsgezag (bijvoorbeeld in zgn. 'failed states').<sup>389</sup> De vraag van wie het gevaar uitgaat is dus irrelevant. Wat wel van belang is, is dat het bestaan van een reëel risico wordt vastgesteld en dat wordt aangetoond dat de betrokken Staat niet bij machte is om dit risico te voorkomen door passende bescherming te verschaffen.<sup>390</sup>

---

terrorisme: EHRM 10 april 2012, nrs. 24027/07, 11949/08, 66911/09 en 67354/09, *Babar Ahmad e.a. v. Verenigd Koninkrijk* (de zgn. Abu Hamza-zaak) waar het Hof oordeelde dat de omstandigheden van vasthouding en de duur van de gevangenisstraffen in de Verenigde Staten bij uitlevering door het Verenigd Koninkrijk geen aanleiding gaven tot een schending van artikel 3 EVRM. Zie ook EHRM 20 juli 2010, nr. 4900/06, *A v. Nederland*. In EHRM 27 oktober 2011, nr. 37075/09, *Ahorugeze v. Zweden* maakte het Hof geen bezwaar tegen de uitlevering van een Rwandese onderdaan aan Rwanda die werd verdacht van genocide en misdaden tegen de mensheid aangezien de omstandigheden van vasthouding aanvaardbaar waren en geen aanwijzingen van blootstelling aan foltering of onmenselijke behandeling. In EHRM 15 november 2011, nr. 48205/09, *Al Hanchi v. Bosnië-Herzegovina*, kwam het Hof tot een zelfde besluit met betrekking tot de uitlevering van een Tunesisch onderdaan aan Tunesië die als mujaheddin strijder had deelgenomen aan de oorlog in ex-Joegoslavië, met name in Bosnië-Herzegovina waar hij vocht aan de zijde van de Bosnische moslims tegen de Serviërs. Zie ook EHRM 3 december 2009, nr. 19576/08, *Daoudi v. Frankrijk* en EHRM 22 september 2011, nr. 64780/09, *H.R. v. Frankrijk* en EHRM 15 mei 2012, nr. 33809/09, *Labisi v. Slowakije*: deze zaken hadden betrekking op de verwijdering van terrorismeverdachten naar Algerije. Het Hof oordeelde dat in het licht van de praktijk van incommunicado vasthouding, foltering en onmenselijke behandelingen door de Algerijnse inlichtingen- en veiligheidsdiensten van personen verdacht van of veroordeeld voor terrorisme, de verwijdering naar Algerije een schending uitmaakte van artikel 3 EVRM. Met betrekking tot Tunesië, zie EHRM 27 maart 2012, nr. 9961/10, *Mannai v. Italië*.

<sup>387</sup> EHRM 7 december 1996, nr. 25964/94, *Ahmed v. Oostenrijk*, par. 41.

<sup>388</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM 7 december 1996, nr. 25964/94, *Ahmed v. Oostenrijk*: een Somaliër werd als vluchteling erkend in Oostenrijk maar verloor deze status, op basis van de Oostenrijkse wetgeving, wegens het plegen van een bijzonder ernstig misdrijf in de zin van art. 33, lid 2, VN-Vluchtelingenverdrag, meer bepaald na een poging tot diefstal. Er werd vervolgens een verwijderingsbeslissing genomen. Het EHRM oordeelde echter dat er sprake was van een reëel risico dat Ahmed zou worden blootgesteld aan een behandeling in schending van art. 3 EVRM en dat zijn persoonlijk gedrag daar geen materiële overweging in mag spelen. EHRM 12 juni 2012, nr. 54131/10, *Baj Sultanov v. Oostenrijk*, par. 71; EHRM 30 mei 2013, nr. 25393/10, *Rafaa v. Frankrijk*, par. 40-42.

<sup>389</sup> EHRM 17 december 1996, nr. 25964/94, *Ahmed v. Oostenrijk*, par. 46 m.b.t. het gebrek aan overheidsgezag in Somalië.

<sup>390</sup> Zie EHRM 29 april 1997, nr. 24573/93, *H.L.R. v. Frankrijk*, par. 40: "Owing to the absolute character of the right guaranteed, the Court does not rule out the possibility that Article 3 of the Convention (art. 3) may also apply where the danger emanates from persons or groups of persons who are not public officials. However, it must be shown that the risk is real and that the authorities of the receiving State are not able to obviate the risk by providing appropriate protection." In casu toonde de verzoeker niet aan dat de overheden niet in staat waren om hem geschikte bescherming te bieden. Niet-overheidsactoren kunnen privépersonen zijn of groeperingen van personen (partijen/organisaties), zoals criminele bendes of rebellen. Zie verdere bevestiging in EHRM 11 januari 2007, nr. 1948/04, *Salah Sheekh v. Nederland*, par. 147; EHRM 7 maart 2000, nr. 43844/98, *T.I. v. Verenigd Koninkrijk* (ontvankelijkheidsbeslissing); EHRM 26 juli 2005, nr. 38885/02, *N. v. Finland*, par. 163. Zie ook EHRM 20 juli 2010, nr. 23505/09, *N. v. Zweden*, par. 57, m.b.t. huiselijk geweld wanneer passende bescherming van de overheid niet beschikbaar is.



#### e.) Gebrek aan passende bescherming

144. Het vermogen van het land van herkomst of terugkeer om bescherming te bieden en een om het reëel risico op blootstelling aan slechte behandeling te voorkomen, wordt, aldus WOUTERS, beoordeeld op basis van de capaciteit en de bereidheid van het land.<sup>391</sup> In die zin wordt van de verdragsluitende Staten verwacht dat ze alles ondernemen wat redelijkerwijze van hen kan worden verwacht, met name het bekomen van waarborgen met het oog op het verzekeren van de veiligheid van de vreemdeling in het land van terugkeer, zoals diplomatieke waarborgen.<sup>392</sup> Het feit dat een vreemdeling vrijwillig aanvaardt om terug te keren, betekent niet steeds dat deze vreemdeling afstand doet van de bescherming onder artikel 3 EVRM. De feiten van het individueel geval zullen uitwijzen of er inderdaad sprake is van een afstandname van de bescherming onder het non-refoulementbeginsel. Het Hof heeft zich echter nog niet *in abstracto* uitgesproken over de vraag of “*le caractère indérogeable du droit entraîne ipso facto l'impossibilité d'y renoncer*”.<sup>393</sup>

145. Een land van oorsprong of terugkeer kan bereid zijn om bescherming aan te bieden maar daartoe niet de capaciteit hebben<sup>394</sup>, net zoals een land van oorsprong of terugkeer de capaciteit kan hebben om te beschermen maar daartoe niet bereid is.<sup>395</sup> Het bestaan van interne wetgeving betreffende de eerbiediging van de mensenrechten en de ratificaties van internationale mensenrechtenverdragen zijn op zich niet voldoende om afdoende bescherming te verzekeren wanneer er bewijs is van een feitelijke slechte behandeling in de betreffende Staat.<sup>396</sup> Het Hof zal zich naar aanleiding van de verwijdering van vreemdelingen die worden aanzien als een bedreiging van de nationale veiligheid niet uitspreken over de gepastheid van diplomatieke waarborgen of de langetermijngevolgen ervan.<sup>397</sup> Het Hof onderlijnt echter wel dat het verkrijgen van diplomatieke waarborgen een verdragsluitende Staat niet ontslaat van de verplichting om te onderzoeken of deze waarborgen, in hun praktische toepassing, op voldoende wijze een bescherming tegen rechtstreeks of onrechtstreekse refoulement verzekeren.<sup>398</sup> Het gewicht dat aan diplomatieke waarborgen kan

---

<sup>391</sup> Zie K. WOUTERS, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, *supra* noot 335, 288. Zie ook de specifieke werking van diplomatieke waarborgen in dit kader en de rechtspraak van het Hof daaromtrent op pp. 293-304.

<sup>392</sup> EHRM 31 januari 2012, nr. 50012/08, *M.S. v. België*, par. 126 e.v.: Het Hof veroordeelde het feit dat België een vreemdeling terugstuurde naar Irak zonder stappen te hebben ondernomen om diplomatieke waarborgen te bekomen van de Iraakse overheden dat de vreemdeling niet zou worden blootgesteld aan foltering of slechte behandeling, ook al had de vreemdeling de wens uitgedrukt dat er geen contact werd opgenomen met de Iraakse ambassade. De terugkeer van de vreemdeling had gepaard moeten gaan met een reeks waarborgen om zijn veiligheid in Irak te verzekeren. Door deze nalatigheid hadden de Belgische overheden niet alles gedaan wat redelijk van hen kon worden verwacht. Zie EHRM 31 januari 2012, nr. 50012/08, *M.S. v. België*, J.T. 2012, 352, noot M. BOSSUYT.

<sup>393</sup> EHRM 31 januari 2012, nr. 50012/08, *M.S. v. België*, par. 121-125: Het Hof oordeelde dat het afstand doen moet gepaard gaan met afdoende waarborgen om te verzekeren dat de afstandneming vrijwillig en dus geldig is.

<sup>394</sup> WOUTERS (*supra* noot 355) geeft het voorbeeld van EHRM 15 november 1996, nr. 22414/93, *Chahal v. Verenigd Koninkrijk*, waar, hoewel aan de bereidheid van de Indische overheid om bescherming te bieden niet werd getwijfeld, het Hof oordeelde dat het bewijs eerder suggereerde dat de Indische overheid niet in staat zou zijn om passende bescherming te verschaffen tegen de slechte behandeling door lokale overheidsambtenaren, m.n. de eigen veiligheidstroepen.

<sup>395</sup> WOUTERS (*supra* noot 355) geeft het voorbeeld van EHRM 26 juli 2005, nr. 38885/02, *N. v. Finland*, waar het eerder leek dat de Congolese overheid niet bereid zou zijn om bescherming te bieden aan aanhangers en dienstverleners van het vroegere Mobutu-regime.

<sup>396</sup> EHRM 23 februari 2012, nr. 27765/09, *Hirsi Jamaa e.a. v. Italië*, par. 128.

<sup>397</sup> EHRM 17 januari 2012, nr. 8139/09, *Othman (Abu Qatada) v. Verenigd Koninkrijk*, par. 186.

<sup>398</sup> EHRM 28 februari 2008, nr. 37201/06, *Saadi v. Italië*, par. 147-148. Zie ook EHRM 27 juni 1995, nr. 22414/93, *Chahal v. Verenigd Koninkrijk*, par. 105; EHRM 20 juli 2010, nr. 4900/06, *A. v. Nederland*, par. 142-143. EHRM, 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. België*, par. 353-354; EHRM 27 februari 2014, *Zarmayev v. België*, nr. 35/10. In EHRM 3 juli 2001, nr. 44190/98, *Nivette v. Frankrijk* (onontvankelijkheidsbeslissing), besloot het Hof dat de garanties die Frankrijk had verkregen van de Amerikaanse overheden, voldoende waren om het risico dat de verzoeker veroordeeld zou worden tot een levenslange gevangenisstraf zonder mogelijkheid tot vervroegde vrijlating, af te wenden. De zaak Othman betrof een Jordaanse onderdaan, die asiel verkreeg in het Verenigd Koninkrijk (hierna: VK) wegens opsluiting en foltering door de Jordaanse overheid. Toen hij een aanvraag tot onbepaald verblijf aanvroeg, werd hem meegedeeld dat hij zou worden teruggestuurd naar Jordanië waar hij ondertussen, in absentia,

worden gegeven, hangt af van de omstandigheden die op het materiële moment heersen. Om de kwaliteit en betrouwbaarheid van de diplomatieke waarborgen te beoordelen, gaat het Hof een aantal elementen na, zoals de effectiviteit van het beschermingssysteem tegen foltering in het land van herkomst of terugkeer, de mate van specificiteit van de waarborgen, het bestaan van een monitoring systeem, enz.<sup>399</sup>

146. De vaststelling van een reëel risico op een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM sluit niet uit dat de verdragssluitende Staten rekening kunnen houden met een intern vluchtalternatief in het land van oorsprong.<sup>400</sup> Het gegeven dat een Staat zich steunt op dit alternatief maakt geen schending uit van artikel 3 EVRM.

Waar het gevaar uitgaat van (lokale) overheidsactoren, zal het moeilijk zijn om in andere delen van het land van oorsprong bescherming te vinden omdat vaak het risico zich ook daar zal voordoen.<sup>401</sup>

Gaat het gevaar uit van niet-overheidsactoren, dan kan een verdragssluitende Staat nagaan of er een intern vluchtalternatief voorhanden is. Dit doet geen afbreuk aan de verantwoordelijkheid van een verdragssluitende Staat om te garanderen dat de betrokken vreemdeling niet, als gevolg van de verwijderingsbeslissing, wordt blootgesteld aan een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM. Daarom dienen als een eerste vereiste voor het toepassen van een intern vluchtalternatief een aantal waarborgen aanwezig te zijn: de persoon die wordt verwijderd naar zijn land van oorsprong moet in staat zijn om te reizen naar het veilige deel van het land, daar toegelaten worden en zich kunnen vestigen zonder te worden blootgesteld aan een reëel risico op een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM.<sup>402</sup> Door te benadrukken dat van een intern vluchtalternatief enkel sprake is indien het veilig deel van het land toegankelijk is en men daar eveneens duurzaam kan verblijven en zich vestigen, wil het Hof een risico op indirecte refoulement vermijden. Indien deze garanties niet aanwezig zijn, stelt het Hof dat *“there is a possibility of the expellee ending up in a part of the country of origin where he or she may be subjected to ill-treatment.”*<sup>403</sup> Dit impliceert dat loutere

---

was veroordeeld voor terrorisme. Hij vocht deze beslissing aan en voerde aan dat hij bij terugkeer in Jordanië aan een reëel risico op foltering zou worden blootgesteld of onderworpen aan een onmenselijke of vernederende behandeling. Volgens de VK-overheid waren er echter voldoende diplomatieke waarborgen met Jordanië afgesproken. Het Hof ging eerst na wat de kwaliteit was van de gegeven waarborgen, vervolgens of ook in de praktijk op deze waarborgen kon worden vertrouwd. Voor dit onderzoek, somde het Hof een aantal concrete factoren op die, onder andere, nader werden bekeken (zie par. 189). Het Hof oordeelde dat, in dit geval, het akkoord inzake diplomatieke waarborgen tussen het VK en Jordaanse overheden voldoende specifiek en allesomvattend was. De waarborgen waren in goede trouw gegeven door een overheid die historische sterke bilaterale relaties met het Verenigd Koninkrijk genoot. De waarborgen waren goedgekeurd op het hoogste niveau van de Jordaanse regering, met de uitdrukkelijke goedkeuring en steun van de Jordaanse Koning. Het hoge profiel van Othman zou, volgens het Hof, ervoor zorgen dat de Jordaanse overheid er nauwlettend op zou toezien dat hij goed werd behandeld. Elke slechte behandeling zou immers ernstige gevolgen hebben voor de relaties met het Verenigd Koninkrijk. Bovendien zouden de waarborgen worden onderworpen aan monitoring door een onafhankelijke mensenrechtenorganisatie in Jordanië die volle toegang zou hebben tot Othman in de gevangenis. Bijgevolg oordeelde het Hof dat de deportatie van Othman niet in strijd zou zijn met artikel 3 EVRM. EHRM 17 januari 2012, nr. 8139/09, *Othman (Abu Qatada) v. Verenigd Koninkrijk*, par. 190-207. Zie ook EHRM 11 oktober 2011, nr. 46390/10, *Auad v. Bulgarije*, par. 106-107. Zie m.b.t. zgn. 'extraordinary rendition', EHRM 3 oktober 2013, nr. 31890/11, *Nizomkhon Dzhrayev v. Rusland*. EHRM 25 maart 2014, nr. 59297/12, *M.G. v. Bulgarije*, waar het Hof Bulgarije op de vingers tikte omdat het bij de uitlevering van een Tsjetsejeense man aan Rusland enkel voortging op diplomatieke waarborgen die Rusland gaf, zonder rekening te houden met het gegeven dat de man in Polen en Duitsland reeds als vluchteling was erkend.

<sup>399</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM 15 mei 2012, nr. 33809/08, *Labsi v. Slovakije*, par. 120 en EHRM 17 januari 2012, nr. 8139/09, *Othman (Abu Qatada) v. Verenigd Koninkrijk*, par. 183-189.

<sup>400</sup> EHRM 28 juni 2011, nr. 8319/07 en 11449/07, *Sufi en Elmi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 266.

<sup>401</sup> Zowel in EHRM 15 november 1996, nr. 22414/93, *Chahal v. Verenigd Koninkrijk*, par. 98 en 103-105 als in EHRM 6 maart 2001, nr. 45276/99, *Hilal v. Verenigd Koninkrijk*, par. 67-68, oordeelde het Hof dat er geen intern vluchtalternatief was omdat in beide gevallen, enerzijds, de handelingen en/of invloed van de lokale overheidsactoren niet beperkt waren tot een lokaal niveau, respectievelijk de Punjab-provincie en het eiland Zanzibar, maar zich verder uitstrekten over het gehele grondgebied van respectievelijk India en Tanzania, en, anderzijds omdat er ook in de voorgestelde alternatieve beschermingzones een risico op mensenrechtenschendingen bestond.

<sup>402</sup> EHRM 11 oktober 2011, nr. 10611/10, *Husseini v. Zweden*, par. 97; EHRM 28 juni 2011, nr. 8319/07 en 11449/07, *Sufi en Elmi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 266 en EHRM 11 januari 2007, nr. 1948/04, *Salah Sheekh v. Nederland*, par. 141.

<sup>403</sup> EHRM 11 januari 2007, nr. 1948/04, *Salah Sheekh v. Nederland*, par. 141. Het Hof herinnerde aan zijn rechtspraak in EHRM 7 maart 2000, nr. 43844/98, *T.I. v. Verenigd Koninkrijk* (onontvankelijkheidsbeslissing) en

vermoedens of mogelijkheden dat een persoon naar het zgn. veilige deel zal kunnen reizen, daar zal worden toegelaten en zich daar zal kunnen vestigen, onvoldoende waarborgen uitmaken.<sup>404</sup>

Daarenboven dienen de reisomstandigheden en de omstandigheden in het zgn. veilige deel van het land te voldoen aan de standaarden vereist door artikel 3 EVRM. De verzoeker moet het intern vluchtalternatief ook veilig kunnen bereiken<sup>405</sup> en de veiligheidssituatie en/of de mensenrechtensituatie in dit zgn. veilige deel van het land mag er niet toe leiden dat de verzoeker ook daar een reëel risico loopt op foltering of onmenselijke behandeling.<sup>406</sup>

Opmerkelijk genoeg gaat het Hof bij de beoordeling van veiligheidssituaties in de context van een intern vluchtalternatief ook na of bescherming kan worden verleend door niet-overheidsactoren. Zo onderzocht het Hof de mogelijkheid van alternatieve bescherming in Somalië door de autoriteiten van de twee afgescheurde regio's van Somaliland en Puntland<sup>407</sup> of door etnische clans of familieclans<sup>408</sup>, alsook de mogelijkheid van alternatieve bescherming in Sri Lanka, met name in die delen van het land die onder controle van de Tamiltijgers zijn.<sup>409</sup>

Het Hof beperkt zich bij het beoordelen van een intern vluchtalternatief echter niet enkel tot een analyse van de veiligheidssituatie, maar bekijkt ook de socio-economische situatie of de humanitaire leefomstandigheden waarin een persoon kan terecht komen.<sup>410</sup> Het onderzoekt met name of het 'redelijk' (*reasonable*) is voor de betrokkene om er zich te vestigen.

---

oordeelde dat het voornemen van de Nederlandse regering om de verzoeker te verwijderen naar Puntland of Somaliland geen valabel intern vluchtalternatief in Somalië uitmaakt. De autoriteiten van Puntland en Somaliland hadden immers duidelijk aangegeven dat ze zich verzetten tegen gedwongen terugkeer op hun grondgebied en dat ze geen EU-reisdocumenten aanvaardden. Omdat de toegang en de mogelijkheid tot verblijf niet was gegarandeerd, bestond er een reëel risico dat de verzoeker zou worden verwijderd naar delen van het land die als onveilig werden beschouwd. Er was dus een risico op indirecte refoulement (zie volgende paragrafen 142-143). In EHRM 5 september 2013, nr. 886/11, *K.A.B. v. Zweden*, par. 84, wees het Hof erop dat zelfs indien de verzoeker gezinsleden had die in Somaliland verbleven, "*a closer affiliation than that held by the applicant, such as a strong clan connection, is necessary in order for a person, who does not originate from Somaliland, to be able to gain admittance and settle there.*" Er was geen garantie dat de verzoeker zou worden toegelaten tot Somaliland of daar zou mogen verblijven, zodat er geen sprake kon zijn van een daadwerkelijk intern vluchtalternatief. In EHRM 24 juli 2014, nr. 34098/11, *A.A. e.a. v. Zweden*, was echter afdoende vastgesteld dat de betrokkenen afkomstig waren uit Somaliland en daarheen konden terugkeren, zodat er geen sprake was van een schending van art. 3 EVRM.

<sup>404</sup> K. WOUTERS, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, supra noot 335, 291.

<sup>405</sup> In EHRM 28 juni 2011, nr. 8319/07 en 11449/07, *Sufi en Elmi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 268-277, oordeelde het Hof dat al zou de verzoeker kunnen rekenen op toevlucht bij en steun van familie in Zuid- of Centraal-Somalië, dan nog zou hij deze locatie niet veilig kunnen bereiken omdat hij daarvoor zou moeten reizen door gebieden die door al-Shabaab worden gecontroleerd. Zie ook EHRM 11 januari 2007, nr. 1948/04, *Salah Sheekh v. Nederland*, par. 144. In EHRM 17 februari 2004, nr. 61350/00, *Thampibillai v. Nederland*, par. 67, oordeelde het Hof daarentegen dat Tamils vrij zijn om te reizen doorheen het gehele land zonder voorafgaande toestemming te vragen om bepaalde gebieden te betreden en dat er een scherpe vermindering is aan controleposten doorheen het land.

<sup>406</sup> In EHRM 28 juni 2011, nr. 8319/07 en 11449/07, *Sufi en Elmi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 268-277, oordeelde het Hof dat, indien de verzoeker kon rekenen op toevlucht bij en steun van familie in Zuid- of Centraal-Somalië, hij op deze locatie weliswaar niet zou worden blootgesteld aan een algemene situatie van intens geweld maar wel aan mensenrechtenschendingen begaan door al-Shabaab, omdat de verzoeker geen recente levenservaring in Somalië had en ook geen ervaring met de Sharia-wetgeving en de draconische toepassing ervan in het dagelijkse leven, en dus, als verwesterde Somaliër, de aandacht zou kunnen trekken van al-Shabaab.

<sup>407</sup> EHRM 11 januari 2007, nr. 1948/04, *Salah Sheekh v. Nederland*, par. 139, 141-143. Zoals in voetnoot 403 vermeld, was deze mogelijkheid op bescherming door de autoriteiten van Puntland of Somaliland echter geen voldoende garantie dat de verwijderde personen daar ook effectief konden blijven. Zie ook EHRM 28 juni 2011, nr. 8319/07 en 11449/07, *Sufi en Elmi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 267.

<sup>408</sup> In EHRM 11 januari 2007, nr. 1948/04, *Salah Sheekh v. Nederland*, par. 139-140, achtte het Hof het zeer onwaarschijnlijk dat de verzoeker, als lid van de Achraf-clan, de bescherming van andere clans kon invoeren wanneer de verzoeker niet afkomstig is van dit veilig deel en zijn clan daar ook niet aanwezig is. In EHRM 28 juni 2011, nr. 8319/07 en 11449/07, *Sufi en Elmi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 267, oordeelde het Hof dat de verzoeker enkel een alternatieve toevlucht en steun kan vinden in Zuid- of Centraal-Somalië indien hij daar beschikt over sterke familiebanden.

<sup>409</sup> Deze mogelijkheid werd aanvaard, zie EHRM 17 februari 2004, nr. 61350/00, *Thampibillai v. Nederland*, par. 67.

<sup>410</sup> In EHRM 11 januari 2007, nr. 1948/04, *Salah Sheekh v. Nederland*, par. 141, oordeelde het Hof nog dat de socio-economische en humanitaire omstandigheden in een land van oorsprong niet noodzakelijk een invloed, en zeker geen beslissende invloed, hebben op de vraag of de verzoeker zal worden blootgesteld aan een reëel risico op een

In een hele rits zaken die betrekking hadden op de verwijdering van vreemdelingen afkomstig uit Irak, stelde het Hof vast dat een intern vluchtalternatief beschikbaar was in het Koerdische gedeelte van Irak. Het Hof ontkende niet dat interne hervestiging in Irak een zekere ontbering (*'hardship'*) met zich kan brengen, met name omdat Irak een land is dat wordt gekenmerkt door een tribale samenleving. Zo tonen verschillende bronnen aan dat een interne hervestiging naar het Koerdische

gedeelte van Irak moeilijkheden kan veroorzaken, met name voor wat betreft het vinden van geschikte huisvesting en tewerkstelling, in het bijzonder wanneer de betrokkenen geen Koerdisch spreken. Er is evenwel bewijs dat jobs beschikbaar zijn, en dat er toegang is tot de gezondheidszorg en tot financiële en andere steun vanwege UNHCR en de lokale autoriteiten. In de verschillende zaken was er voor het Hof geen aanwijzing dat de algemene leefomstandigheden in het Koerdische gedeelte van Irak onredelijk (*'unreasonable'*) zouden zijn voor respectievelijk niet-Koerden, Arabische Sunni moslims, christenen, mandaëërs, alleenstaande mannen en vrouwen. Interne hervestiging in deze zaken was, gezien de algemene en persoonlijke omstandigheden van de verschillende verzoekers, naar het Koerdische gedeelte van Irak dus een leefbaar alternatief.<sup>411</sup>

Frappant is dat het Hof in deze zaken niet naging of de verzoekers op veilige wijze konden reizen naar het intern vluchtalternatief, d.i. het Koerdische gedeelte van Irak, en of zij er daadwerkelijk toegang toe hadden. In die zin reageerden de rechters Power-Forde en Zupancic dan ook in hun *dissenting opinion*: *"The majority refers only to the fact that there is no indication that it would be impossible for him 'to find a place to settle' (§58) outside his home region. When the life and safety of a person is at risk, such vagueness is unacceptable, particularly given the current situation in Iraq. Absent knowledge of the proposed place of safety, the Court is precluded from being assured that the guarantees as to the applicant's safe transit, actual admittance and capacity to settle in the proposed relocation area have been met."*<sup>412</sup> De rechters wezen erop dat de waarborgen, zoals neergelegd in de vaste rechtspraak van het Hof, voldoende concreet aanwezig moeten zijn alvorens een verwijdering op basis van een intern vluchtalternatief kan plaats hebben. Volgens rechter Power-Forde: *"'Guarantees' are not synonymous with nor can they be satisfied by mere likelihoods, chances or positive indications. This is rightly so given the seriousness of what is in issue in forcibly returning a person with a clear history of persecution in his home country to a different region therein. It is entirely appropriate that the Court should and has set the bar*

---

behandeling in strijd met artikel 3 EVRM. Daarentegen, in EHRM 28 juni 2011, nr. 8319/07 en 11449/07, *Sufi en Elmi v. Verenigd Koninkrijk*, hield het Hof wel rekening met de verschrikkelijke humanitaire omstandigheden in de vluchtelingenkampen. In EHRM 20 september 2011, nr. 8969/10, *Omeredo v. Oostenrijk*, ging het Hof na of het interne vluchtalternatief haalbaar was voor de verzoekster in kwestie die aanvoerde dat een verhuis naar een ander deel van Nigeria om te ontkomen aan vrouwelijke genitale mutilatie (of 'FGM'), zonder de steun van haar familie zou leiden tot een situatie in strijd met artikel 3 EVRM. Het Hof ging de persoonlijke situatie van de verzoekster in Nigeria na en haalde aan dat de verzoekster minstens gedurende 13 jaar onderwijs had genoten en gedurende 8 jaar als naaister had gewerkt. *"While it might be difficult to live in Nigeria as an unmarried woman without support of her family, the Court reiterates that the fact the applicants' circumstances in Nigeria would be less favourable than those enjoyed by her in Austria cannot be regarded as decisive from the point of view of Article 3."* Het Hof meende dat omwille van haar scholing en haar werkervaring als naaister, de verzoekster in de mogelijkheid verkeerde om een leven op te bouwen in Nigeria zonder steun van haar familieleden.

<sup>411</sup> EHRM 27 juni 2013, nr. 72413/10, *M.K.N. v. Zweden*, par. 39. Zie ook volgende zaken uitgesproken door het EHRM op 27 juni 2013: nr. 5089/10, *M.Y.H. e.a. v. Zweden*; nr. 68411/10, *N.A.N.S. v. Zweden*; nr. 68335/10, *N.M.B. v. Zweden*; nr. 71680/10, *A.G.A.M. v. Zweden*; nr. 72686/10, *N.M.Y. e.a. v. Zweden*. EHRM 27 juni 2013, nr. 66523/10, *S.A. v. Zweden*, par. 57-58. Zie ook EHRM 27 juni 2013, nr. 28379/11, *D.N.M. v. Zweden*; EHRM 27 maart 2013, nr. 49341/10, *W.H. v. Zweden* (het verzoek tot verwijzing naar de Grote Kamer werd aanvaard op 8 september 2014); EHRM 3 april 2014, nr. 68519/10, *A.A.M. v. Zweden*.

<sup>412</sup> EHRM 27 juni 2013, nr. 66523/10, *S.A. v. Zweden*, *dissenting opinion* van rechters Power-Forde en Zupancic. Zie een uitgebreidere versie van deze *dissenting opinion* in EHRM 27 juni 2013, nr. 50859/10, *M.Y.H. e.a. v. Zweden*.

*at the level of 'guarantee.'*"<sup>413</sup> Het Hof leek in een aantal van de besproken Irakese zaken dan ook zijn eigen rechtspraak naast zich te leggen.<sup>414</sup>

In andere, en latere, Irakese zaken, werd wel nagegaan of de verzoekers op veilige wijze konden reizen konden reizen naar het Koerdische gedeelte van Irak en er daadwerkelijk toegang tot hadden. Maar ook hier was er kritiek, meer bepaald omdat het Hof gebruik maakte van algemene en verouderde landeninformatie. Rechter Power-Forde stelde dan ook zeer scherp: *"Treatment that violates Article 3 is always suffered by an individual, by a specific person. Where a real risk of such treatment has been established, it is incumbent on States to ensure that measures aimed at preventing it are also 'specific' to the person concerned. Generalizations are not enough. The guarantees required to be in place prior to deportation in order to ensure that this particular applicant will be protected against treatment prohibited by Article 3 have not been established in this case."*<sup>415</sup>

147. Het Hof heeft in de loop der jaren gestaag de werkingssfeer van het non-refoulementbeginsel onder artikel 3 EVRM verder uitgewerkt en uitgebreid. Daarbij werd nagegaan of het non-refoulementbeginsel ook van toepassing is op minder voor de hand liggende situaties en behandelingen, m.n. situaties van algemeen geweld, socio-economische behandelingen en humanitaire situaties.

---

<sup>413</sup> EHRM 3 april 2014, nr. 68519/10, *A.A.M. v. Zweden*, *dissenting opinion* van rechter Power-Forde.

<sup>414</sup> Ook in EHRM 19 december 2013, nr. 11161/11, *B.K.A. v. Zweden*, herhaalde rechter Power Forde in een *dissenting opinion* dezelfde kritiek ten aanzien het gebrek door het Hof om aandacht te besteden aan de vraag hoe de verzoeker veilig kan reizen naar het geïdentificeerde veilig gebied, rekening houdend met de risico's van doorreis, in het bijzonder in het licht van de recente escalatie van geweld in Irak.

<sup>415</sup> EHRM 3 april 2014, nr. 68519/10, *A.A.M. v. Zweden*, *dissenting opinion* van rechter Power-Forde.

### B. De algemene situatie in het land van herkomst en de individuele omstandigheden

148. Door te vereisen dat het risico op behandeling in strijd met artikel 3 EVRM voorzienbaar is en persoonlijk, lijkt artikel 3 EVRM niet meteen van toepassing in situaties van veralgemeend geweld. Het Hof heeft deze mogelijkheid echter niet geheel uitgesloten. Het Hof stelde zeer duidelijk dat *“the sole question (...) to consider in an expulsion case is whether, in all the circumstances of the case before it, substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if returned, would face a real risk of being subjected to treatment contrary to article 3 of the Convention. If the existence of such risk is established, the applicant’s removal would necessarily breach Article 3, regardless of whether the risk emanates from a general situation of violence, a personal characteristic of the applicant, or a combination of the two.”*<sup>416</sup>

Om de voorzienbare gevolgen van een verwijdering naar het land van terugkeer te beoordelen, moeten de algemene mensenrechtensituatie in het land van terugkeer én de persoonlijke omstandigheden van het individu worden bekeken.<sup>417</sup> Waar dat relevant is, zal het Hof rekening houden met een bestaande situatie van algemeen geweld in het land van terugkeer.<sup>418</sup> Echter, niet elke situatie van algemeen geweld in het land van terugkeer zal aanleiding geven tot een schending van artikel 3 EVRM.<sup>419</sup>

149. Daarvoor dient een situatie van algemeen geweld in het land van terugkeer een voldoende niveau van intensiteit te bereiken.<sup>420</sup> In de zaak *NA v. Verenigd Koninkrijk* werd zeer duidelijk gesteld dat een situatie van algemeen geweld enkel dat niveau van intensiteit bereikt in ‘de meest extreme gevallen’.<sup>421</sup> In zulke uitzonderlijke situaties bestaat het reëel risico op een behandeling verboden onder artikel 3 EVRM dus eenvoudigweg doordat bij terugkeer het individu aan een dergelijk geweld zal worden blootgesteld. In deze situaties aandringen dat de verzoeker het bestaan aantoont van specifieke onderscheidende kenmerken, zou de bescherming geboden door artikel 3 EVRM volledig denkbeeldig maken en het absolute

---

<sup>416</sup> EHRM 28 juni 2011, nr. 8319/07 en 11449/07, *Sufi en Elmi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 218.

<sup>417</sup> EHRM 26 september 1991, nr. 45/1990/236/302-306, *Vilvarajah e.a. v Verenigd Koninkrijk*, par. 108. Het volstaat niet om eenvoudigweg te verwijzen naar de algemene situatie in een land. Wanneer specifieke beweringen worden gesteld dan moeten deze worden gestaafd door aanvullend bewijs. EHRM 4 februari 2005, nr. 46827/99 en 6951/99, *Mamatkulov en Askarov v. Turkije*, par. 73. EHRM 17 januari 2012, nr. 8139/09, *Othman (Abu Qatada) v. Verenigd Koninkrijk*, par. 187: *“...the Court will consider both the general human rights situation in that country and the particular characteristics of the applicant.”*

<sup>418</sup> EHRM 17 juli 2008, nr. 25904/07, *NA v. Verenigd Koninkrijk*, par. 115 en EHRM 28 juni 2011, nr. 8319/07 en 11449/07, *Sufi en Elmi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 216.

<sup>419</sup> Eerder oordeelde het Hof dat de algemene situatie van geweld in Afghanistan of in Colombia of een onstabiele situatie in Irak op zich geen aanleiding geeft, bij verwijdering, tot een schending van art. 3 EVRM. Zie EHRM 20 september 2007, nr. 45223/05, *Sultani v. Frankrijk*, par. 67; EHRM 26 april 2005, nr. 5366/99, *Muslim v. Turkije*, par. 70 en EHRM 29 april 1997, nr. 24573/93, *H.L.R. v. Frankrijk*, par. 41. In EHRM 12 juni 2012, nr. 54131/10, *Bajsultanov v. Oostenrijk*, par. 67, oordeelde het Hof dat hoewel de algemene veiligheidssituatie in Tsjetsjenië niet als veilig kon worden beschouwd, de individuele situatie en persoonlijke omstandigheden van de verzoeker echter geen zwaarwegende gronden aantoonden om aan te nemen dat de verzoeker een reëel risico zou lopen te worden blootgesteld aan een schending van artikel 3 EVRM.

<sup>420</sup> Zo oordeelde het Hof dat er geen aanwijzingen zijn dat de algemene situatie van geweld in Afghanistan, meer bepaald in Kaboel, momenteel een voldoende intensiteitsniveau bevat. Zie EHRM 20 december 2011, nr. 48839/09, *J.H. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 55-67.

<sup>421</sup> EHRM 17 juli 2008, nr. 25904/07, *NA v. Verenigd Koninkrijk*, par. 115. Het Hof kwam hierdoor terug op een eerder ingenomen standpunt waarin het stelde dat de loutere situatie van algemene instabiliteit enkel tot een schending van artikel 3 EVRM zou leiden indien werd aangetoond dat de persoonlijke situatie van de verzoeker erger was dan de algemene situatie van andere leden van zijn groep. Zie EHRM 26 september 1991, nr. 45/1990/236/302-306, *Vilvarajah e.a. v Verenigd Koninkrijk*, par. 111. Zie EHRM 28 juni 2011, nr. 8319/07 en 11449/07, *Sufi en Elmi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 217.

karakter van artikel 3 EVRM in vraag stellen.<sup>422</sup> Het Hof gaf in dit arrest geen verdere toelichting over de concrete wijze waarop de intensiteit van een conflict beoordeeld moet worden, noch verduidelijkte het wanneer er sprake is van een ‘zeer extreem geval’. Zowel in dit arrest als in latere arresten, liet het Hof deze theoretische mogelijkheid open maar stelde het in casu geen situatie van algemeen geweld vast die aanleiding gaf tot non-refoulement.<sup>423</sup>

150. Het Hof stelde pas voor de eerste keer in de zaak *Sufi en Elmi v. Verenigd Koninkrijk* een situatie van algemeen geweld vast die van een voldoende intensiteit is om het non-refoulementbeginsel toe te passen. Om deze vaststelling te kunnen maken, greep het Hof terug naar criteria die het Asylum and Immigration Tribunal van het Verenigd Koninkrijk in een gelijkaardige Somalische zaak had gebruikt.<sup>424</sup> Het Hof meende dat in de context van deze specifieke zaak, deze criteria een geschikte maatstaf vormden om het intensiteitsniveau van het geweld in Mogadishu te meten. De criteria betroffen meer bepaald: (1) de vraag of de partijen in het conflict oorlogsmethoden en oorlogstactieken gebruiken die het risico op burgerslachtoffers verhogen of die opzettelijk burgers treffen; (2) de vraag of het gebruik van zulke methoden en/of tactieken wijdverspreid was bij de partijen in het conflict; (3) de vraag of de gevechten lokaal of wijdverspreid plaatsvinden; en (4) de vraag naar het aantal burgers die gedood, gewond of ontheemd werden ten gevolge van de gevechten.<sup>425</sup> Het Hof onderstreepte dat deze criteria niet als een exhaustieve lijst mogen worden gezien die in alle toekomstige zaken kan worden toegepast.<sup>426</sup>

In casu oordeelde het Hof dat alle zinvolle partijen in het conflict talrijke en willekeurige morteraanvallen uitvoerden in dichtbevolkte gebieden van Mogadishu, zonder rekening te houden met de burgerbevolking. Alle partijen gebruikten mortierkanonnen zonder geleidingsystemen, waardoor onnauwkeurig werd geschoten in de algemene richting van de tegenpartij of waardoor gebieden werden gebombardeerd die als bolwerken van de tegenpartij werden gezien. Deze willekeurige bombardementen en militaire offensieven uitgevoerd door alle partijen in het conflict leidden tot een onaanvaardbaar aantal burgerslachtoffers en een

---

<sup>422</sup> EHRM 17 juli 2008, nr. 25904/07, *NA v. Verenigd Koninkrijk*, par. 116 en EHRM 28 juni 2011, nr. 8319/07 en 11449/07, *Sufi en Elmi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 217.

<sup>423</sup> In EHRM 20 januari 2009, nr. 32621/06, *F.H. v. Zweden*, par. 93 oordeelde het Hof dat de situatie in Irak en Bagdad onveilig en problematisch is, maar niet ernstig genoeg om op zichzelf een schending van artikel 3 EVRM te veroorzaken bij het terugsturen van de verzoeker; dit werd bevestigd in EHRM 19 december 2013, nr. 11161/11, *B.K.A. v. Zweden*, EHRM 19 december 2013, nr. 48866/10, *T.A. v. Zweden* en EHRM 19 december 2013, nr. 12311/11, *T.H.K. v. Zweden*. In een dissenting opinion bij de zaken *T.A.* en *T.K.H.* stelden rechters Power-Forde en Zupancic dat de stelling van de meerderheid dat de situatie langzaamaan verbetert in Irak, geheel foutief is. Beide rechters wijzen erop dat 2013 het dodelijkste jaar is sinds 2008. Zelfs als men zou oordelen dat de algemene situatie op zichzelf genomen niet ernstig genoeg is om een schending van artikel 3 EVRM vast te stellen, dan is de betekenisvolle escalatie van het geweld niettemin van een voldoende ernst om zwaar door te wegen in de balans of een verzoeker, cumulatief gezien, een risico loopt op een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM. In EHRM 20 juli 2010, nr. 23505/09, *N. v. Zweden*, par. 52 m.b.t. de situatie in Afghanistan, oordeelde het Hof dat er sprake was van ernstige mensenrechtenschendingen die evenwel niet van die aard waren om op zich aanleiding te geven tot een schending van artikel 3 EVRM wanneer de verzoekster wordt teruggestuurd. In EHRM 1 juni 2010, nr. 29031/04, *Mawaka v. Nederland*, par. 41, gaf het Hof toe dat de algemene situatie in de Democratische Republiek Congo zorgwekkend was, en dat de omstandigheden in het noord-oosten van Congo bijzonder vreselijk waren, maar dat de algemene situatie in Congo in zijn geheel genomen niet kon worden aangemerkt als een situatie van extreem algemeen geweld. Bovendien, in dit concreet geval, wees het Hof erop dat de verzoeker in Kinshasa woonde vóór hij het land verliet en dat er geen reden was om aan te nemen dat hij zou worden verwijderd naar het noord-oosten van het land. Deze specifieke vermelding lijkt te suggereren dat het Hof overwoog dat de situatie in het noord-oosten van Congo wel zou kunnen worden aangemerkt als een situatie van extreem algemeen geweld. EHRM 9 april 2013, nr. 70073/10 en 44539/11, *H. en B. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 93: Het Hof oordeelde dat er op dat moment geen veralgemeende situatie van geweld was in Afghanistan waarbij de loutere terugkeer naar dat land het individu zou blootstellen aan een reëel risico op een schending van artikel 3 EVRM.

<sup>424</sup> In EHRM 28 juni 2011, nr. 8319/07 en 11449/07, *Sufi en Elmi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 250, stelde het Hof voor de eerste maal zo'n uitzonderlijke situatie in de realiteit vast. In casu betrof het de mogelijke verwijdering van twee Somaliërs naar Mogadishu. Het Hof oordeelde dat het geweld in deze stad een dergelijk intensiteitsniveau had bereikt dat iedereen in de stad, met uitzondering van die personen die beschikken over goede relaties met machtige actoren, een reëel risico loopt op behandeling in strijd met artikel 3 EVRM.

<sup>425</sup> EHRM 28 juni 2011, nr. 8319/07 en 11449/07, *Sufi en Elmi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 242-248.

<sup>426</sup> EHRM 28 juni 2011, nr. 8319/07 en 11449/07, *Sufi en Elmi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 241.

aanzienlijk aantal ontheemden zowel binnen als buiten de stad Mogadishu. Tenslotte oordeelde het Hof dat de aard van het conflict onvoorspelbaar en wijdverspreid was (dus niet lokaal beperkt).

Het Hof heeft steeds benadrukt dat de huidige omstandigheden in een land beslissend zijn in de beoordeling van een verdedigbare grief op basis van artikel 3 EVRM, wanneer de betrokken vreemdeling nog niet is verwijderd. In de zaak *K.A.B.* benadrukte het Hof dat recente informatie suggereerde dat de veiligheidssituatie in Mogadishu sinds eind 2011, begin 2012 was verbeterd. Het algemeen geweldsniveau was gedaald, en er was geen sprake meer van een directe frontlinie in de stad. Ook voor de gewone burgers waren er verbeteringen: er was er sprake van een normalisatie van het dagelijkse leven, het aantal burgerslachtoffers was gedaald, er waren geen bombardementen meer en er waren aanwijzingen dat burgers terugkeerden naar Mogadishu. Het Hof gaf aan bewust te zijn dat de mensenrechtensituatie en de veiligheidssituatie in Mogadishu ernstig is en fragiel en veelal onvoorspelbaar. In het licht van de recente landeninformatie oordeelde het Hof in september 2013 echter dat er geen aanwijzingen meer waren dat de situatie, op dat moment, van die aard was dat iedereen die aanwezig is in Mogadishu wordt blootgesteld aan een reëel risico op een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM.<sup>427</sup>

151. Waar een situatie van algemeen geweld geen voldoende niveau van intensiteit heeft bereikt (bijvoorbeeld omdat het slechts een situatie van algemene instabiliteit betreft) of waar er geen sprake is van een situatie van algemeen geweld, moet worden nagegaan of het risico eerder voortvloeit uit:

- de combinatie van een situatie van algemeen geweld met de persoonlijke situatie of omstandigheden van het individu;<sup>428</sup> of

---

<sup>427</sup> EHRM 5 september 2013, nr. 886/11, *K.A.B. v. Zweden*, par. 86-91.

<sup>428</sup> Zo kunnen individuele factoren of karakteristieken, die op zichzelf genomen geen aanleiding geven tot een reëel risico op slechte behandeling, op cumulatieve wijze en in combinatie met een situatie van algemeen geweld en verhoogde veiligheid, toch aanleiding geven tot een reëel risico. Zie EHRM 17 juli 2008, nr. 25904/07, *NA v. Verenigd Koninkrijk*, par. 130. EHRM 6 juni 2013, nr. 50094/10, *M.E. v. Frankrijk*, par. 50-52. Het Hof wees op de algemene situatie in Egypte, met name het geweld gebruikt tegen en de vervolgingen van koptische christenen in Egypte alsook de terughoudendheid van de Egyptische overheden om de geweldplegers te vervolgen. Evenwel oordeelde het Hof dat dit geweld en deze vervolgingen niet van dat niveau waren om op afdoende wijze een algemeen risico op een schending van artikel 3 EVRM in hoofde van alle koptische christenen vast te stellen. Aldus kan worden afgeleid dat het Hof meende dat er geen sprake was van een groepsvervolging en dat het loutere feit dat men behoort tot de groep van koptische christenen niet voldoende is om te besluiten tot een schending van artikel 3 EVRM bij terugkeer naar Egypte. Vervolgens wees het Hof op het feit dat de verzoeker als erkende en veroordeelde bekeerling, heden nog steeds wordt gezocht omwille van zijn proselitisme. Hoewel de opgelopen gevangenisstraf van drie jaar wegens proselitisme op zich niet voldoende is om een reëel risico op een schending van artikel 3 EVRM vast te stellen, kan hij echter hierdoor wel het doel uitmaken van vervolging en geweld door integristische moslims, of hij nu wordt vrijgelaten of vastgehouden. Zelfs als de risico's voortvloeien uit privé-actoren, blijft het feit dat elke afwezigheid van reactie bij de overheid ernstig doet twijfelen over de mogelijkheid van de verzoeker om er voldoende bescherming van te krijgen. Rekening houdend met het profiel van de verzoeker en de situatie van de koptische christenen in Egypte, oordeelde het Hof dat er in casu zwaarwegende gronden bestonden om aan te nemen dat de verzoeker bij verwijdering naar Egypte een reëel risico zou lopen op blootstelling aan een schending van artikel 3 EVRM. Zie in deze zin ook EHRM 18 april 2013, nr. 18372/10, *M.OM. v. Frankrijk*, par. 34-44, waar het Hof oordeelde dat hoewel de algemene situatie in Tsjaad wel was gekalmeerd, het actuele militantisme van de verzoeker voor de RNDP, het voorgelegde aanhoudingsbevel, de ondergane foltering die door medische attesten wordt bevestigd en zowel de vroegere als actuele situatie in Tsjaad, ertoe leiden te besluiten dat in de individuele omstandigheden van de zaak een reëel risico op een schending van artikel 3 EVRM bestaat bij terugkeer naar Tsjaad. In EHRM 17 juli 2008, nr. 25904/07, *NA v. Verenigd Koninkrijk*, par. 138-147, oordeelde het Hof dat de verwijdering van een Sri Lankees zou leiden tot een schending van art. 3 EVRM wegens cumulatieve individuele risicofactoren in combinatie met het opflakkerend algemeen geweld en de verhoogde veiligheidssituatie. Wegens zijn uitgesproken of zelfs risicoprofiel zou de betrokkene de interesse kunnen opwekken van de overheid en een groter risico lopen op vasthouding en ondervraging op de luchthaven van Colombo. In dezelfde zin zie EHRM 19 september 2013, nr. 10466/11, *R.J. v. Frankrijk*, waar het Hof het risicoprofiel van de betrokkene, gezien zijn engagement t.a.v. de Tamiltijgers (LTTE), aannemelijk achtte gezien een medisch attest dat werd voorgelegd, par. 42: "*La Cour considère que ce document constitue une pièce particulièrement importante du dossier. En effet, la nature, la gravité et le caractère récent des blessures constituent une forte présomption de traitement contraire à l'article 3 de la Convention infligé au requérant dans son pays d'origine. Or, malgré la présentation de ce certificat, aucune des instances nationales compétentes en matière d'asile qui se sont prononcées postérieurement à l'application de l'article 39 n'a cherché à établir d'où*



- enkel de persoonlijke situatie of omstandigheden van het individu.<sup>429</sup> Wederom houdt de verplichting om alle relevante omstandigheden van een zaak te onderzoeken in dat men op cumulatieve wijze rekening houdt met alle relevante factoren<sup>430</sup>, alsook de algemene situatie in het land van terugkeer.<sup>431</sup> De beoordeling of er sprake is van

*provenaient ces plaies et à évaluer les risques qu'elles révélaient. La Cour ne peut estimer suffisante la motivation de la CNDA selon laquelle "le certificat en date du 3 février 2011 ne peut être regardé comme justifiant de l'existence d'un lien entre les constatations relevées lors de l'examen médical du requérant et les sévices dont il déclare avoir été victime lors de sa détention". Par la seule invocation du caractère lacunaire du récit, le Gouvernement ne dissipe pas les fortes suspicions sur l'origine des blessures du requérant.*" Zie daarentegen EHRM 17 februari 2004, nr. 58510/00, *Venkadajalasarma v. Nederland*, par. 68, waar het Hof stelde dat wegens de aard van de activiteiten van de verzoeker het onwaarschijnlijk is dat de Sri Lankese overheid zou geloven dat de verzoeker een hoog geprofileerd lid van de Tamiltijgers zou zijn waar ze nog steeds interesse in zou tonen. Zie in dezelfde lijn een aantal arresten van het EHRM uitgesproken op 20 januari 2010, o.m. EHRM 20 januari 2010, 20594/08, *T.N. v. Denemarken*, waar het Hof oordeelde dat wegens het einde van de vijandelijkheden tussen de Tamiltijgers (LTTE) en het leger van Sri Lanka sinds 19 mei 2009 en het feit dat de betrokkenheid van T.N. reeds een tijd geleden en van een lager profiel was, er geen schending van artikel 3 EVRM werd aangetoond. Zie ook EHRM 31 mei 2011, nr. 41178/08, *E.G. v. Verenigd Koninkrijk*. Zie in dezelfde zin EHRM 20 december 2011, nr. 48839/09, *J.H. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 55-67, waar het Hof vaststelde: *"Following an overall examination of the applicant's case, the Court concludes that the applicant has failed to adduce evidence capable of demonstrating that there are substantial grounds for believing that he would be exposed to a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 if removed to Afghanistan having particular regard to, inter alia, the lack of any evidence that the applicant's father still has any profile in Afghanistan; the length of time that has elapsed since his father, in any event, had left Afghanistan; the applicant's lack of individual profile in Afghanistan; and, critically, the absence of any recent evidence to indicate that family members of PDPA members would be at risk in Afghanistan in the present circumstances prevailing there."* In EHRM 10 oktober 2013, nr. 18913/11, *K.K. v. Frankrijk*, par. 53, oordeelde het Hof dat het cumulatief effect van de verzoekers vervolging als Iraanse ex-spion, het feit dat hij Iran op illegale wijze heeft verlaten en dat hij enkel in het bezit is van een laissez-passer *"il est probable que celui-ci, à son arrivée à l'aéroport de Téhéran, attire l'attention des autorités et que son passé de Bassidji et ses anciennes prises de position contre les abus commis par les membres de cette milice soient révélés. L'effet cumulé de ces différents facteurs constitue un risque supplémentaire pour le requérant."* In EHRM 19 december 2013, nr. 7974/11, *N.K. v. Frankrijk*: Het Hof stelde vast dat in het licht van de situatie van personen die behoren tot de Ahmadiyya moslim gemeenschap, de bescherming die wordt verleend onder artikel 3 EVRM enkel relevant is voor zij die publiekelijk deze godsdienst belijden en bekeren. Het Hof achtte het relaas van de verzoeker voldoende gedetailleerd en gestaafd door documenten. De Franse overheden hadden zonder voldoende motivering de geloofwaardigheid van verzoeker verworpen. De authenticiteit van de voorgelegde documenten werd ook niet dienstig weerlegd. Deze documenten toonden aan dat de Pakistaanse overheden bekend waren met de religieuze activiteiten van de verzoeker en hadden geleid tot vervolging wegens blasfemie. Het Hof besloot *"que le requérant est perçu par les autorités pakistanaïses non comme un simple pratiquant de la confession ahmadie mais comme un prosélyte et, partant, qu'il possède un profil marqué susceptible d'attirer défavorablement l'attention des autorités en cas de retour sur le territoire"*. Door onvoldoende rekening te houden met de situatie van Ahmadijs in Pakistan en het profiel van de verzoeker zou deze bij terugkeer naar Pakistan worden blootgesteld aan een risico aan een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM.

<sup>429</sup> EHRM 6 december 2012, nr. 29946/10, *D.N.W. v. Zweden*, par. 41-45; EHRM 15 mei 2012, nr. 30720/09, *H.N. v. Zweden*: Hoewel de mensenrechtenschendingen in Burundi ernstig zijn, zijn ze niet van die aard om op zich te leiden tot een schending van artikel 3 EVRM. Het Hof onderzocht daarom de individuele omstandigheden van de verzoekers, maar stelde vast dat ze niet politiek actief waren geweest in Burundi en dat hun politieke activiteiten in Zweden eerder beperkt waren. Er was geen schending van artikel 3 EVRM. EHRM 14 november 2013, nr. 40042/11, *Z.M. v. Frankrijk*, par. 64 e.v.: Het Hof stelde vast dat de verzoeker zijn klacht m.b.t artikel 3 EVRM niet zozeer formuleerde wegens de algemene situatie van geweld in Congo maar wel omwille van zijn individuele omstandigheden. Het Hof oordeelde dat in het licht van het profiel van de verzoeker, met name zijn banden met de oppositie, zijn detentie, het medisch getuigschrift dat zijn verhaal bevestigt, de gerechtelijke vervolging en oproepingen omwille van zijn militant engagement en het feit dat hij werd vervolgd voor misdaden strafbaar met een gevangenisstraf van onbepaalde duur, er voldoende zwaarwegende gronden waren om te aan te nemen dat hij voor de Congolese overheden zo interessant is dat hij bij terugkeer zou worden vastgehouden en ondervraagd, met een reëel risico op blootstelling aan behandelingen in strijd met artikel 3 EVRM.

<sup>430</sup> De toekenning van een vluchtelingenstatus kan daarbij voor het Hof van bijzonder belang zijn. Zie EHRM 18 februari 2010, nr. 54131/08, *Baysakov e.a. v. Oekraïne*, par. 50 en EHRM 20 mei 2010, nr. 21055/09, *Khaydarov v. Rusland*, par. 109. Wanneer de vluchtelingenstatus niet werd toegekend: *"La Cour s'attachera en conséquence à examiner les motivations des autorités nationales et, le cas échéant, à les confronter avec les allégations du requérant à la lumière des informations sur la situation du pays."* Bovendien: *"Pour sa part, la Cour rappelle que même après plusieurs années d'absence, le requérant peut présenter un profil à risque; l'écoulement du temps ne saurait déterminer le risque auquel il est exposé sans que l'on se livre à une appréciation de la politique actuelle des autorités du Belarus."* In casu oordeelde het Hof dat een terugkeer van de verzoeker naar Wit-Rusland een reëel risico inhield op een schending van art. 3 EVRM, meer bepaald in licht van het actieve engagement van de verzoeker als oppositielid en de voortdurende slechte behandeling van oppositieleiden door de overheid in Wit-Rusland: EHRM 1 september 2010, nr. 32476/06, *Y.P. en L.P. v. Frankrijk*, par. 66-74.

<sup>431</sup> In de zaak *S.H.H.* stelde het Hof dat de verzoeker in gebrake was gebleven om aan te tonen dat gehandicapte personen een groter risico lopen om blootgesteld te worden aan willekeurig geweld dan de Afghaanse bevolking in het algemeen. Internationale landenrapporten tonen niet dat gehandicapte personen een groter risico lopen op geweld, slechte behandeling of aanvallen in Afghanistan. Bij gebrek aan bewijs van het tegendeel oordeelde het Hof dat de verzoekers bewering grotendeels speculatief was. EHRM 29 januari 2013, nr. 60367/09, *S.H.H. v. Verenigd*

een reëel risico moet worden gemaakt op basis van alle relevante individuele factoren die het risico op mishandeling kunnen verhogen. Individuele factoren kunnen afzonderlijk misschien niet leiden tot het vaststellen van een reëel risico, maar wanneer deze individuele factoren cumulatief worden beoordeeld en overwogen in een situatie van algemeen geweld en verhoogde veiligheid, kunnen dezelfde factoren aanleiding geven tot het vaststellen van een reëel risico.

152. Indien het individu behoort tot een bepaalde groep die systematisch wordt blootgesteld aan een praktijk van slechte behandelingen, oordeelde het Hof in de zaak *Salah Sheekh v. Nederland* dat bescherming onder artikel 3 EVRM moet worden verleend wanneer er ernstige redenen zijn om het bestaan van zulke praktijken en het lidmaatschap in de betrokken groep voor waar aan te nemen.<sup>432</sup> In zulke situaties bestaat het reëel risico op slechte behandeling

---

*Koninkrijk*, par. 85-87. In EHRM 5 september 2013, nr. 61204/09, *I. v. Zweden*, oordeelde het Hof dat ofschoon er redenen waren om te twifelen aan de geloofwaardigheid van de verzoekers waarom ze bedreigd worden, een aantal factoren in hun geheel tezamen genomen aanleiding gaven tot een reëel risico op mishandeling in geval van verwijdering. Het Hof gaf aan op de hoogte te zijn van het ondervragen, molesteren en de mogelijke vasthouding en mishandeling van eigen onderdanen door de Russische Federale Veiligheidsdienst bij terugkeer in Rusland, maar meende dat de algemene situatie in Rusland op zich niet voldoende is om een schending van artikel 3 EVRM vast te stellen. De beoordeling of er sprake is van een reëel risico moet echter worden gemaakt op basis van alle relevante factoren die het risico op mishandeling kunnen verhogen. Individuele factoren kunnen afzonderlijk misschien niet leiden tot een reëel risico maar wanneer deze individuele factoren cumulatief worden beoordeeld en overwogen in een situatie van algemeen geweld en verhoogde veiligheid, kunnen dezelfde factoren aanleiding geven tot een reëel risico. Het Hof wijst op de zware littekens van de verzoeker, wat volgens het EHRM zou kunnen wijzen op de verzoekers actieve betrokkenheid in de tweede Tsjetsjeense oorlog alsook de samenhang qua data en inhoud tussen de verzoekers verklaringen en de vaststellingen in de medische getuigenschappen. Deze littekens zouden kunnen leiden tot de herkenbaarheid van verzoeker: “68. Thus, in case of a body search of the first applicant in connection with possible detention and interrogation by the Federal Security Service or local law-enforcement officials upon return, the latter will immediately see that the first applicant has been subjected to ill-treatment for whatever reason, and that those scars occurred in recent years, which could indicate that he took active part in the second war in Chechnya.”

(...) 69. Taking those factors into account cumulatively, in the special circumstances of the case the Court finds that there are substantial grounds for believing that the applicants would be exposed to a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 of the Convention if deported to the Russian Federation. Accordingly, the Court finds that the implementation of the deportation order against the applicants would give rise to a violation of Article 3 of the Convention.”

<sup>432</sup> In EHRM 11 januari 2007, nr. 1948/04, *Salah Sheekh v. Nederland*, par. 138-149, oordeelde het Hof dat de verwijdering van een Somaliër naar ‘relatief veilige delen’ van Somalië in strijd was met art. 3 EVRM omdat hij als lid van de Achraf-minderheidsgroep waarvan de mensenrechten werden geschonden, een voorzienbaar risico liep op een behandeling in strijd met art. 3 EVRM. In EHRM 28 februari 2008, nr. 37201/06, *Saadi v. Italië*, par. 132, oordeelde het Hof dat, in het licht van het feit dat alle personen die verdacht worden van internationaal terrorisme worden mishandeld in Tunesië, de verwijdering van het individu naar Tunesië een schending vormde van art. 3 EVRM. Daartegen staat dat het Hof een aantal jaar later vaststelde dat er democratische ontwikkelingen in Tunesië hadden plaatsgevonden en er werden verscheidene stappen gezet tot de ontmanteling van het oude, onderdrukkende regime. Aldus oordeelde het Hof dat er heden geen bewijs meer was dat de Islamisten, als een groep, systematisch worden gevisieerd door het regime. De gevallen van mishandeling die nog worden gerapporteerd, betreffen sporadische incidenten. Bovendien mogen personen die behoren tot de Islamisten terug keren naar Tunesië – ze worden niet meer verbannen. Tenslotte is Tunesië in juni 2011 toegetreten tot het Optioneel Protocol bij het VN-Antifolterverdrag en heeft het tevens ook de bevoegdheid van het VN-Mensenrechtencomité om individuele zaken te onderzoeken, aanvaard. Dit getuigt van een wil om een einde te maken aan het gebruik van geweld en het gevoel van straffeloosheid dat vroeger heerste in Tunesië. Er is volgens het Hof dan ook geen reëel risico op refoulement bij terugkeer naar Tunesië. In EHRM 23 oktober 2008, nr. 2440/07, *Soldatenko v. Ukraine*, par. 68, oordeelde het Hof dat, in het licht van het feit dat verdachte criminelen bij vasthouding een ernstig risico lopen op slechte behandeling in Turkmenistan, de verwijdering van het individu naar Turkmenistan een schending vormde van art. 3 EVRM. In EHRM 11 december 2008, nr. 42502/06, *Muminov v. Rusland*, par. 95, oordeelde het Hof dat door de vermeende betrokkenheid van de verzoeker bij Hizb ut-Tahrir (een transnationale islamitische organisatie) er een reëel risico op een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM bestond bij terugkeer in Oezbekistan. In EHRM 7 mei 2014, nrs. 2263/13, 24034/13, 24334/13 en 24528/13, *Nizamov e.a. v. Rusland*, verwees het Hof naar de aanhoudende gewelddadige vervolging van niet-geregistreerde religieuze groeperingen, organisaties en informele verenigingen in Oezbekistan en de onmenselijke behandeling van gevangenen in dat land. In EHRM 22 september 2009, nr. 30471/08, *Abdolkhani en Karimnia v. Turkije*, par. 83, oordeelde het Hof dat vroegere of huidige leden van de zgn. PMOI (People’s Mojahedin Organisation of Iran) bij terugkeer naar Iran of Irak een reëel risico lopen op blootstelling aan een behandeling in strijd met art. 3 EVRM. In EHRM 20 juli 2010, nr. 23505/09, *N. v. Zweden*, par. 55 en par. 57, oordeelde het Hof dat hoewel de mensenrechtensituatie in Afghanistan zorgwekkend is, dit op zich geen aanleiding geeft tot een schending van art. 3 EVRM. Rekening houdende met de persoonlijke situatie van de verzoekerster, stelde het Hof echter vast dat Afghaanse vrouwen waarvan wordt aangenomen dat ze zich niet houden aan hun traditionele rol toegekend door hun gemeenschap, traditie of wettelijk systeem, een bijzonder verhoogd risico lopen op slechte behandeling. Dit geldt zeker voor de groep van de zgn. ‘verwesterde Afghaanse

enkel op basis van het feit dat het individu behoort tot een groep tegen welke gerichte mensenrechtenschendingen worden begaan, een zgn. risicogroep dus. Ook hier mag niet worden aangedrongen dat de verzoeker verder het bestaan van specifieke onderscheidende kenmerken aantoont, omdat dit de bescherming geboden door artikel 3 EVRM volledig denkbeeldig zou maken.<sup>433</sup>

Het feit dat een groot aantal individuen zich in dezelfde kwetsbare omstandigheden bevinden, maakt het risico op een schending van artikel 3 EVRM niet minder individueel waar het voldoende reëel en aannemelijk is.<sup>434</sup> In de beoordeling van een dergelijk geval is het, volgens het Hof, passend om de algemene situatie van geweld in een land in rekening te brengen, indien zo'n situatie het waarschijnlijker maakt dat een bepaalde groep systematisch zal worden blootgesteld aan slechte behandeling.<sup>435</sup> Er moet worden benadrukt dat het Hof zeer zelden oordeelt dat er sprake is van een situatie waarbij gerichte mensenrechtenschendingen worden begaan tegen een welbepaalde groep, daar het Hof de drempel aanzienlijk hoog legt.<sup>436</sup> Zo stelde het Hof m.b.t. de christenen uit Irak vast dat zij een kwetsbare minderheid vormen in de zuidelijke en centrale gedeelten van Irak. Het Hof boog zich over de vraag of de kwetsbaarheid van deze christenen en de risico's die zij lopen wegens hun godsdienst, het hen onmogelijk maken om terug te keren naar Irak zonder een schending van artikel 3 EVRM. Het Hof oordeelde evenwel dat het zich hierover niet diende uit te spreken aangezien er een intern vluchtalternatief voorhanden is in het Koerdische gedeelte van Irak.<sup>437</sup>

153. In situaties waar er geen sprake is van een systematisch slechte behandeling van een groep, oordeelde het Hof o.m. in de zaak *Vilvarajah e.a. v. Verenigd Koninkrijk*, dat de persoonlijke omstandigheden van het individu moeten worden onderzocht. Er wordt nagegaan of het individu beschikt over specifieke onderscheidende kenmerken ('*special distinguishing features*') op basis waarvan hij het risico loopt om te worden blootgesteld aan en slechte behandeling.<sup>438</sup> Deze kenmerken kunnen variëren van een specifieke factor tot een

---

vrouwen', met name vrouwen die terugkeren uit Europa. Het enkele feit dat de verzoekster in Zweden heeft geleefd, kan reeds aanleiding geven tot slechte behandeling. Het feit dat de verzoekster wilde scheiden van haar man, kan ernstige levensbedreigende gevolgen hebben bij terugkeer. Het Hof verwees ook nog naar de algemene sombere situatie van Afghaanse vrouwen op zich, waar 80% het slachtoffer is van huiselijk geweld. In EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. België*, par. 359, oordeelde het Hof, in het kader van een onrechtstreekse refoulement, dat het feit dat een groot aantal asielzoekers in Griekenland zich in dezelfde toestand bevindt (m.n. geen waarborg dat hun asielaanvraag ernstig zal worden onderzocht, onmenselijke detentie- en leefomstandigheden), het risico op een schending van artikel 3 EVRM niet minder individueel maakt waar het voldoende reëel en aannemelijk is. In EHRM 23 februari 2012, nr. 27765/09, *Hirsi Jamaa e.a. v. Italië*, par. 125-136, oordeelde het Hof dat het feit dat een groot aantal illegaal verblijvende migranten in Libië zich in dezelfde toestand bevindt (m.n. systematische arrestatie en vasthouding, onmenselijke detentie- en leefomstandigheden) het risico op schending van artikel 3 EVRM niet minder individueel maakt. In EHRM 16 oktober 2012, nr. 49747/11, *Makhmudzhn Ergashev v. Rusland*, par. 64 e.v., oordeelde het Hof dat gezien het bewezen wijdverspreid en routinematig gebruik van foltering en mishandeling door politiediensten in het zuidelijk gedeelte van Kirgyzstan t.a.v. leden van de Oezbeekse gemeenschap, waartoe de verzoeker behoort, en de straffeloosheid waarmee deze behandeling door de politie gepaard gaat, er sprake was van een reëel risico op blootstelling aan een schending van artikel 3 EVRM bij terugkeer naar Kirgyzstan. Daarentegen, in EHRM 20 september 2007, nr. 45223/05, *Sultani v. Frankrijk*, par. 67, oordeelde het Hof dat de verzoeker geen reële elementen aanbracht die toelieten om te oordelen dat hij behoorde tot een specifieke bedreigde groep.

<sup>433</sup> EHRM 17 juli 2008, nr. 25904/07, *NA v. Verenigd Koninkrijk*, par. 116. Het risico wordt m.n. bepaald in het licht van "*the applicant's account and the information on the situation in the country of destination in respect of the group in question.*"

<sup>434</sup> EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. België*, par. 359; EHRM 23 februari 2012, nr. 27765/09, *Hirsi Jamaa e.a. v. Italië*, par. 136.

<sup>435</sup> EHRM 17 juli 2008, nr. 25904/07, *NA v. Verenigd Koninkrijk*, par. 117.

<sup>436</sup> Zie in de zin EHRM 4 december 2008, nr. 20113/07, *Y. v. Rusland*, par. 85-86.

<sup>437</sup> Zie onder meer EHRM 27 juni 2013, nr. 72413/10, *M.K.N. v. Zweden*, par. 34.

<sup>438</sup> In EHRM 30 oktober 1991, nr. 45/1990/236/302-306, *Vilvarajah e.a. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 111-112, ondernam het Hof een trapsgewijze beoordeling. In eerste orde was het Hof niet overtuigd dat de Tamilminderheid op zulke grote schaal werd blootgesteld aan slechte behandelingen zodat er een reëel risico bestond voor elke Tamil in Sri Lanka. In tweede orde stelde het Hof dat de verzoekers niet voldoende persoonlijke omstandigheden hadden aangetoond die het bestaan van een reëel risico op slechte behandeling aannemelijk maakten. Noch de algemene

samenspel van factoren, zolang het gaat om voldoende persoonlijke gronden (zgn. ‘*sufficient personal grounds*’).<sup>439</sup> In de zaak *H. en B.* stelde het Hof dat individuen die door de buitenwereld worden beschouwd als steunbetuigers van de internationale gemeenschap in Afghanistan, een reëel en persoonlijke risico vanwege de Taliban in Kaboel kunnen aantonen, afhankelijk van hun individuele omstandigheden, de aard van hun banden met de internationale gemeenschap en hun profiel.<sup>440</sup>

---

situatie, noch de achtergrond van de verzoekers lieten toe om vast te stellen dat de persoonlijke situatie van de verzoekers erger was dan de algemene situatie van de Tamilgemeenschap in Sri Lanka of van de andere jonge mannelijke Tamils die terugkeren naar hun land. Ze beschikten dus niet over de specifieke onderscheidende kenmerken op basis waarvan kon worden voorzien dat ze zouden worden mishandeld. In EHRM 31 mei 2001, nr. 67679/01, *Fatgan Katani e.a. v. Duitsland* (onontvankelijkheidsbeslissing), besloot het Hof dat in het licht van de algemene situatie in Georgië en de bijzondere situatie van de Jezidische minderheid, er geen bewijs is om aan te nemen dat de verzoekers bij terugkeer slechter zouden worden behandeld dan andere leden van de Jezidische minderheid of zelfs dan de Georgische bevolking. In EHRM 29 april 1997, nr. 24573/93, *H.L.R. v. Frankrijk*, par. 42, oordeelde het Hof dat niet werd aangetoond dat de persoonlijke situatie van de verzoeker erger was dan die van andere Colombiaanse onderdanen. In EHRM 26 april 2005, nr. 53566/99, *Muslim v. Turkije*, par. 68 en 70, oordeelde het Hof dat de verwijdering van een Irakees van Turkmeense oorsprong geen schending inhield van art. 3 EVRM. Hoewel er nog steeds veiligheidsproblemen waren in het noorden van het land (waar de verzoeker naartoe zou worden gestuurd) liet de achtergrond en het verleden van de verzoeker, noch de algemene situatie in Irak toe om te besluiten dat de persoonlijke situatie van de verzoeker erger was dan die van de andere leden van de Turkmeense gemeenschap en zelfs evenmin erger was dan die van de andere inwoners in het noorden van Irak. Het Hof bevestigde dat enkel de mogelijkheid op een instabiel klimaat in het land van terugkeer op zich geen aanleiding geeft tot schending van art. 3 EVRM, des te meer nu het pad naar de democratie in Irak werd geëffend. In EHRM 26 juli 2005, nr. 38885/02, *N v. Finland*, par. 161-162, oordeelde het Hof daarentegen dat in deze zaak de verzoeker zich wel onderscheidde van andere vroegere Mobutu-aanhangers. Het Hof stelde dat op beslissende wijze rekening moest worden gehouden met de specifieke activiteiten van de verzoeker als infiltrant en informant, waardoor hij wel een ernstig risico op slechte behandeling liep. In EHRM 20 juli 2010, nr. 23505/09, *N. v. Zweden*, par. 62, oordeelde het Hof dat wegens de bijzondere omstandigheden van haar persoonlijke situatie, er zwaarwegende gronden waren om aan te nemen dat de verzoekster bij verwijdering naar Afghanistan op cumulatieve wijze aan een reëel risico op slechte behandeling door haar man, zijn en haar familie en de Afghaanse samenleving zal worden blootgesteld. In drie zaken oordeelde het Hof dat de bekering van Iraanse onderdanen naar het Christendom, samen met andere individuele factoren, hen bij terugkeer naar Iran zou blootstellen aan een reëel risico op een schending van artikel 3 EVRM: EHRM 19 januari 2010, 21896/08, *Z.N.S. v. Turkije*; EHRM 15 juni 2010, nr. 12717/08, *Ahmadpour v. Turkije* en EHRM 15 juni 2010, nr. 36009/08, *M.B. e.a. v. Turkije*.

<sup>439</sup> Zie EHRM 15 mei 2012, nr. 52077/10, *S.F. en Ors v. Zweden*: Het Hof oordeelde dat de activiteiten van de verzoekers, die lid zijn van de Party of Iranian Kurdistan, in Iran niet volstonden om van een schending van artikel 3 te spreken. Het Hof was evenwel op de hoogte van het toenemend belang van hun politieke activiteiten in Zweden ('*sur place activities*') en hun leidinggevende rol daarin. Uit landeninformatie leidde het Hof af dat de Iraanse overheden de communicatie op het Internet van critici – in binnen- en buitenland – in de gaten houdt en dat een specifieke inlichtingendienst ('*Cyber Unit*') critici van het Iraanse regime op het Internet in het vizier neemt. Ook stond het Hof stil bij een aantal factoren betreffende het risico op identificatie bij terugkeer: de opleidingsgraad van de verzoekers, hun Koerdisch en Perzische oorsprong, hun culturele activiteiten, en de bekendheid als musicus en prominent atleet van de mannen. Op basis van al deze elementen besloot het Hof dat er voldoende zwaarwichtige gronden waren om aan te nemen dat de verzoekers een reëel risico lopen op een behandeling in strijd met art. 3 EVRM bij terugkeer naar Iran. Zie EHRM 15 mei 2012, nr. 52077/10, *S.F. e.a. v. Zweden*, par. 67-71. Zie m.b.t. '*sur place activities*' ook EHRM 7 januari 2014, nr. 58802/12, *A.A. v. Zwitserland*.

<sup>440</sup> EHRM 9 april 2013, nr. 70073/10 en 44539/11, *H. en B. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 100.

C. Socio-economische en humanitaire omstandigheden in het land van terugkeer en het non-refoulementbeginsel

a.) Voorafgaande opmerkingen

154. Hoewel het EVRM in essentie gericht is op de bescherming van burgerlijke en politieke rechten, sluit het EHRM een bescherming van socio-economische rechten niet uit de werkingssfeer van het EVRM. Zo overwoog het Hof in het bekende *Airey*-arrest dat: *“The Court is aware that the further realisation of social and economic rights is largely dependent on the situation - notably financial - reigning in the State in question. On the other hand, the Convention must be interpreted in the light of present-day conditions and it is designed to safeguard the individual in a real and practical way as regards those areas with which it deals. Whilst the Convention sets forth what are essentially civil and political rights, many of them have implications of a social or economic nature. The Court therefore considers, like the Commission, that the mere fact that an interpretation of the Convention may extend into the sphere of social and economic rights should not be a decisive factor against such an interpretation; there is no water-tight division separating that sphere from the field covered by the Convention.”*<sup>441</sup>

Hiermee hanteert het Hof een geïntegreerde benadering ten aanzien van de mensenrechten, gebaseerd op het leerstuk van de ‘ondeelbaarheid van mensenrechten’, met name alle mensenrechten (zowel burgerlijke als politieke en socio-economische rechten) zijn universeel, ondeelbaar, onderling van elkaar afhankelijk en nauw met elkaar verbonden alsook van evenwaardig belang.<sup>442</sup>

155. Ondanks deze benadering staat het Hof eerder weigerachtig tegenover de stelling dat bepaalde socio-economische omstandigheden of humanitaire situaties in het land van terugkeer aanleiding kunnen geven tot non-refoulement.<sup>443</sup> Het Hof zal eerder oordelen dat humanitaire of socio-economische overwegingen niet noodzakelijk verband houden met de vraag of er een reëel risico op behandeling in strijd met artikel 3 EVRM bestaat.<sup>444</sup> Zo oordeelde het Hof in de zaak *Tomic* dat het terugsturen van vluchtelingen naar hun land van oorsprong, waar ze als gevolg van de moeilijke naoorlogse situatie en de algemene ontbering moeilijkheden zullen ondervinden om hun eigendom weer in bezit te nemen, documenten te laten erkennen, pensioenen of werk te verkrijgen, niet het minimumniveau van hardheid bereikt dat door artikel 3 EVRM wordt vereist.<sup>445</sup>

156. Niettemin heeft het Hof recent in een aantal zogenaamde ‘externe’ zaken geoordeeld dat de verwijdering van een vreemdeling naar een land van herkomst of terugkeer in strijd kan zijn met artikel 3 EVRM, wanneer de socio-economische behandeling die hij daar zal ondergaan of de humanitaire situatie waarin hij zal terechtkomen een onmenselijke of vernederende behandeling vormt. De kiem voor deze rechtspraak dient te worden gevonden in een aantal ‘interne’ zaken waar het Hof de socio-economische behandeling of humanitaire

---

<sup>441</sup> EHRM 9 oktober 1979, nr. 6289/73, *Airey v. Ierland*, par. 26.

<sup>442</sup> Zie Verklaring en Actieprogramma van Wenen aangenomen tijdens de tweede Wereldconferentie Mensenrechten in juni 1993, *UN Doc. A/Conf. 157/24 (Part I)*, par. 5: *“All human rights are Universal, indivisible and interdependent and interrelated.”*

<sup>443</sup> Zie hierover K. WOUTERS, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, Intersentia, Antwerpen, 2009, 240-241.

<sup>444</sup> Zie EHRM 20 januari 2009, nr. 32621/06, *F.H. v. Zweden*, par. 93; EHRM 17 juli 2008, nr. 25904/07, *NA v. Verenigd Koninkrijk*, par. 122. en EHRM 11 januari 2007, nr. 1948/04, *Salah Sheekh v. Nederland*, par. 141.

<sup>445</sup> EHRM 14 oktober 2003, nr. 17837/03, *Tomic v. Verenigd Koninkrijk* (onontvankelijkheidsbeslissing).

situatie in een verdragsluitende Staat, in het kader van een eventuele schending van artikel 3 EVRM, onder de loep nam.

b.) De beoordeling van socio-economische of humanitaire omstandigheden in de verdragsluitende Staten: de toepassing van artikel 3 EVRM door het Hof in interne zaken

157. In een aantal zgn. ‘interne zaken’ is het Hof nagegaan of de noties ‘onmenselijke of vernederende behandeling’ ook van toepassing kunnen zijn op socio-economische situaties en/of op de bescherming van gerelateerde socio-economische rechten binnen de verdragsluitende Staten. Zoals CASSESE in 1991 aangaf: “*It stands to reason that the scope of Article 3 is very broad; nothing could warrant its possible limitation to only physical or psychological mistreatment in the area of civil rights. (...) Article 3 could therefore constitute an appropriate means for the Commission and the Court to make, if only in extreme cases, the protection of economic and social rights more incisive.*”<sup>446</sup> Aldus kan artikel 3 EVRM volgens CASSESE de brug vormen tussen de klassieke beschermde burgerlijke en politieke rechten in het EVRM en het brede domein van de socio-economische rechten.<sup>447</sup>

158. Het begrip ‘menselijke waardigheid’ speelt in de ontwikkeling van de rechtspraak van het Hof, die hieronder wordt besproken, een sleutelrol. Zoals reeds vermeld beschermt artikel 3 EVRM immers veel meer dan enkel het leven of de fysieke integriteit van een persoon.<sup>448</sup> Het Hof gaat echter behoedzaam om met de toepassing van artikel 3 EVRM op socio-economische of humanitaire omstandigheden en aanvankelijk leek het Hof zich in de beoordeling van interne zaken te beperken tot twee types van situaties.

159. In eerste instantie wordt artikel 3 EVRM als maatstaf gebruikt om de omstandigheden van een wettelijke detentie te beoordelen. Op zich vormt de wettelijke detentie van een individu geen schending van artikel 3 EVRM, maar een verdragsluitende Staat moet wel op basis van deze bepaling garanderen dat de betrokken persoon wordt vastgehouden in omstandigheden die de menselijke waardigheid respecteren. De uitvoering van de opsluitingsmaatregel mag een persoon niet onderwerpen aan “*distress or hardship of an intensity exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention.*”<sup>449</sup> Kortom, de verdragsluitende Staat moet de gezondheid en het welzijn van de vastgehouden persoon verzekeren. In een aantal zaken stelde het Hof vast dat omwille van een gebrek aan financiële middelen de omstandigheden van detentie onbevredigend waren. Moeilijke economische of financiële omstandigheden ontslaan een verdragsluitende Staat evenwel niet van zijn verantwoordelijkheid. Bijgevolg oordeelde het Hof dat bepaalde omstandigheden van detentie, zoals een tekort aan hygiëne en sanitair, een slaapgebrek ten gevolge van onvoldoende slaappleaatsen, het onvoldoende rekening houden met fysieke beperktheden<sup>450</sup>, de overbevolking, het gebrek aan persoonlijke ruimte<sup>451</sup> en de gebrekkige toegang tot gezondheidszorg op cumulatieve wijze het (geestelijk) welzijn en de gezondheid van personen

---

<sup>446</sup> A. CASSESE, “Can the Notion of Inhuman and Degrading Treatment be Applied to Socio-Economic Conditions?”, *EJIL* 1991, 143.

<sup>447</sup> Zie ook E. PALMER, “Protecting Socio-Economic Rights Through the European Convention on Human Rights: Trends and Developments in the European Court of Human Rights”, *Erasmus Law Review* 2009, 397-425.

<sup>448</sup> EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02, *Pretty v. Verenigd Koninkrijk*, par. 52.

<sup>449</sup> EHRM, Grote Kamer, 26 oktober 2000, nr. 30210/96, *Kudla v. Polen*, par. 94.

<sup>450</sup> EHRM 15 april 2014, nr. 43875/09, *Asalya v. Turkije*, par. 47-55.

<sup>451</sup> Een extreem gebrek aan ruimte tijdens de vasthouding is een element dat zwaar doorweegt in de beoordeling of er sprake is van een schending van artikel 3 EVRM. Daarbij houdt het Hof rekening met een aantal aspecten die verder worden geduid in EHRM 23 juli 2013, nr. 55352/12, *Aden Ahmed v. Malta*, par. 87.

schaden en dit op een wijze die onverenigbaar is met de menselijke waardigheid, zodat er sprake is van een vernederende behandeling in de zin van artikel 3 EVRM.<sup>452</sup>

160. In tweede instantie hanteert het Hof artikel 3 EVRM als een maatstaf om de leefomstandigheden van minderheden in verdragsluitende Staten te beoordelen. Bij de beoordeling van de leefomstandigheden van de Grieks-Cypriotische bevolking in Noord-Cyprus, stelde het Hof vast dat hun toegang tot bepaalde socio-economische rechten op discriminerende basis werd beperkt. Het Hof oordeelde dat *“the conditions under which that population is condemned to live are debasing and violate the very notion of respect for the human dignity of its members. In the Court’s opinion, and with reference to the period under consideration, the discriminatory treatment attained a level of severity which amounted to degrading treatment.”*<sup>453</sup> Evenzo oordeelde het Hof met betrekking tot de leefomstandigheden van Roma-zigeuners in Roemenië *“that the applicants’ living conditions in the last ten years, in particular the severely overcrowded and unsanitary environment and its detrimental effect on the applicants’ health and wellbeing, combined with the length of the period during which the applicants have had to live in such conditions and the general attitude of the authorities, must have caused them considerable mental suffering, thus diminishing their human dignity and arousing in them such feelings as to cause humiliation and debasement.”*<sup>454</sup> Gecombineerd met raciale discriminatie door overheidsdiensten als verzwarende factor, oordeelde het Hof dat *“the applicants’ living conditions and the racial discrimination to which they have been publicly subjected by the way in which their grievances were dealt with by the various authorities, constitute an interference with their human dignity which, in the special circumstances of this case, amounted to “degrading treatment” within the meaning of Article 3 of the Convention.”*<sup>455</sup>

161. Het Hof is echter in een aantal zaken ook geconfronteerd met de vraag of armoede *an sich* aanleiding kan geven tot een schending van artikel 3 EVRM. In de zaak *Budina* onderzocht het Hof de klacht dat het overheidspensioen waarvan de verzoekster afhankelijk was voor haar bestaan en levensonderhoud niet voldoende was om de elementaire levensbehoeften te dekken. Vaste rechtspraak van het Hof stelt dat *“the Convention does not guarantee, as such, the right to a certain living standard”*<sup>456</sup> maar anderzijds dat *“a wholly insufficient amount of pension and social benefits may raise an issue under Article 3 of the Convention.”*<sup>457</sup> In de onontvankelijkheidsbeslissing in de zaak *Pancenکو* gaf het Hof al aan dat leefomstandigheden in bepaalde gevallen aanleiding kunnen geven tot een schending van artikel 3 EVRM als ze een bepaald niveau van hardheid bereiken.<sup>458</sup> Immers, zo stelde het Hof in de zaak *Budina*: *“The Court cannot exclude that State responsibility could arise for “treatment” where an applicant, in circumstances wholly dependent on State support, found herself faced with official indifference when in a situation of serious deprivation or want incompatible with*

---

<sup>452</sup> EHRM 6 april 2004, nr. 21689/93, *Ahmet Özkan e.a. v. Turkije*, par. 337; EHRM 15 juli 2002, nr. 47095/99, *Kalashnikov v. Rusland*, par. 94-103. Zie m.b.t. omstandigheden waarin vreemdelingen in irreguliere situatie worden vastgehouden in Griekenland: EHRM 12 december 2013, nr. 58165/10, *Khuroshvil v. Griekenland*, EHRM 19 december 2013, nr. 53608/11, *B.M. v. Griekenland*, EHRM 19 december 2013, nrs. 33441/10, 33468/10 en 33476/10, *C.D. e.a. v. Griekenland*; EHRM 31 juli 2014, nr. 78456/11, *F.H. v. Griekenland*; EHRM 31 juli 2014, nr. 26452/11, *Tatishvili v. Griekenland*. Voor omstandigheden waarin vreemdelingen in irreguliere situatie worden vastgehouden in Turkije: EHRM 24 juni 2014, nr. 72710/11, *Yarashonen v. Turkije*.

<sup>453</sup> EHRM 10 mei 2001, nr. 25781/94, *Cyprus v. Turkije*, par. 302-311.

<sup>454</sup> EHRM 12 juli 2005, nr. 41138/98 en 64320/01, *Moldovan e.a. v. Roemenië*, par. 110.

<sup>455</sup> EHRM 12 juli 2005, nr. 41138/98 en 64320/01, *Moldovan e.a. v. Roemenië*, par. 113.

<sup>456</sup> EHRM 25 oktober 2005, nr. 68029/01, *Kutepov en Anikeenko v. Rusland* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>457</sup> EHRM 18 juni 2009, nr. 45603/05, *Budina v. Rusland* (onontvankelijkheidsbeslissing) met verwijzing naar EHRM 23 april 2002, nr. 56869/00, *Larioshina v. Rusland* (onontvankelijkheidsbeslissing) en EHRM 26 juni 2001, nr. 39022/97, *O'Rourke v. Verenigd Koninkrijk* (onontvankelijkheidsbeslissing). Zie in deze zin ook *R (Limbuella) v Secretary of State for the Home Department*, [2005] UKHL 66, waar het House of Lords oordeelde dat artikel 3 EVRM kan worden geschonden wanneer aan asielzoekers, door opzettelijke handelingen van de Staat, huisvesting, voedsel of de meest essentiële levensbehoeften wordt geweigerd.

<sup>458</sup> EHRM 28 oktober 1999, nr. 40772/98, *Pancenکو v. Letland* (onontvankelijkheidsbeslissing).

*human dignity*.”<sup>459</sup> Evenwel oordeelde het Hof uiteindelijk in de zaak *Budina* dat, hoewel de situatie van de verzoekster moeilijk was, uit het beschikbare geheel van pensioen en sociale voordelen niet kon worden besloten dat dit een onvoldoende bescherming was die de fysieke en mentale gezondheid van de verzoekster zou schaden noch zou leiden tot een vernederende situatie die onverenigbaar is met de menselijke waardigheid. Het Hof besloot dat het gebrek aan financiële middelen zich niet had geuit in een concreet lijden.

162. In de zaak *M.S.S.* beoordeelde het Hof dan weer de omstandigheden van detentie en de leefomstandigheden van een Afghaanse asielzoeker in Griekenland. Het Hof herhaalde een aantal algemene principes uit zijn rechtspraak. Zo kan uit artikel 3 EVRM noch een verplichting tot huisvesting<sup>460</sup> noch een verplichting tot financiële bijstand<sup>461</sup> aan asielzoekers en vluchtelingen worden afgeleid. Het Hof benadrukte echter dat in casu krachtens de EU-richtlijn 2003/9 tot vaststelling van minimumnormen voor de opvang van asielzoekers<sup>462</sup> er wel verplichtingen zijn om in huisvesting en in andere materiële hulp te voorzien voor behoeftige asielzoekers.<sup>463</sup> Deze socio-economische verplichtingen zijn volgens het Hof nu krachtens de Uniewetgeving en de omzetting daarvan in de Griekse nationale wetgeving positief recht geworden.

Daarnaast hechtte het Hof aanzienlijk belang aan de status van de verzoeker als asielzoeker en zodoende als lid van een specifieke achtergestelde en kwetsbare bevolkingsgroep met nood aan bijzondere bescherming.<sup>464</sup> Het constateerde een brede consensus op internationaal en Europees niveau over deze nood aan bijzondere bescherming voor deze kwetsbare groep, zoals bewezen door het VN-Vluchtelingenverdrag, de activiteiten van UNHCR en welbepaalde EU-standaarden.

Ondanks deze brede consensus verzet rechter Sajó in zijn *‘partly concurring and partly dissenting opinion’* zich evenwel tegen het aanmerken van asielzoekers als een kwetsbare groep. Hij is de mening toegedaan dat asielzoekers geenszins als een homogene groep kunnen worden beschouwd en ook niet onvoorwaardelijk als een specifieke kwetsbare groep kunnen worden geduid omdat, zo meent hij, *“they are not a group historically subject to prejudice with lasting consequences, resulting in their social exclusion”*. Evenwel geef rechter Sajó toe dat asielzoekers omwille van hun voorbijgaande ervaringen en het feit dat ze zich in een nieuwe en andere omgeving bevinden in bepaalde mate toch kwetsbaar zijn. Belangrijker nog, het is de onzekerheid omtrent hun toekomst die asielzoekers kwetsbaar maakt: *“Waiting and hoping endlessly for a final official decision on a fundamental existential issue in legal certainty cause by official neglect arouses feelings of fear, anguish or inferiority capable of breaking an individual’s moral and physical resistance, and therefore it may be characterised as degrading.”* BOSSUYT merkt terecht op dat het Hof reeds voor de zaak *M.S.S.* andere groepen, zoals de Roma en mentaal gehandicapte personen, heeft aangeduid als kwetsbare groepen met nood aan bijzondere bescherming.<sup>465</sup> BOSSUYT leidt uit deze rechtspraak af dat het Hof *“is shifting from the protection of the “civil rights” of the universal human being taking into account his most essential characteristics, towards the protection of “social rights” of specific categories of human beings having particular needs.”*<sup>466</sup> Interessant is de

<sup>459</sup> EHRM 18 juni 2009, nr. 45603/05, *Budina v. Rusland* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>460</sup> EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. Griekenland en België*, par. 249 en mutatis mutandis EHRM, 18 januari 2001, nr. 27238/95, *Chapman v. Verenigd Koninkrijk*, par. 99 inzake art. 8 EVRM.

<sup>461</sup> EHRM 26 april 2005, nr. 53566/05, *Muslim v. Turkey*, par. 85.

<sup>462</sup> Richtl. Raad nr. 2003/9/EG, 27 januari 2003 tot vaststelling van minimumnormen voor de opvang van asielzoekers in de lidstaten, *Pb.L.* 6 februari 2003, afl. 31, 18.

<sup>463</sup> EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. Griekenland en België*, par. 250.

<sup>464</sup> EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. Griekenland en België*, par. 251.

<sup>465</sup> Zie o.m. EHRM 16 maart 2010, nr. 15766/03, *Orsus e.a. v. Kroatië*, par. 147 en EHRM 20 mei 2010, nr. 38832/06, *Alajos Kiss v. Hongarije*, par. 42.

<sup>466</sup> Zie M. BOSSUYT, “The Court of Strasbourg Acting as an Asylum Court”, *EuConst* 2012, 217.



bemerking van PERONI en TIMMERS dat uit de zaak *M.S.S.* niet geheel duidelijk blijkt of alle asielzoekers als kwetsbaar dienen te worden beschouwd, aangezien het Hof voornamelijk de concrete dagelijkse realiteit van *M.S.S.* in de context van Griekenland heeft bekeken.<sup>467</sup>

163. In de zaak *M.S.S.* moest het Hof bepalen of een situatie van extreme materiële armoede aanleiding kan geven tot een schending van artikel 3 EVRM.<sup>468</sup> Het Hof herhaalde de stelling uit de zaak *Budina*, dat de aansprakelijkheid van een Staat onder artikel 3 EVRM niet is uitgesloten wanneer een individu dat geheel afhankelijk is van overheidssteun en zich in een situatie bevindt van ernstige ontbering, wordt geconfronteerd met een onverschillige Staat.<sup>469</sup> Volgens het Hof had Griekenland de bijzondere kwetsbaarheid van de verzoeker als asielzoeker niet in acht genomen en was het zijn specifieke positieve verplichtingen onder de EU-Opvangrichtlijn en nationale wetgeving m.b.t. huisvesting en materiële steun aan asielzoekers niet nagekomen. Het was wegens schromelijke nalatigheid en passiviteit dat Griekenland, en niet de verzoeker, verantwoordelijk was voor het feit dat de verzoeker maanden op straat had geleefd in een situatie van de meest extreme armoede en niet in de mogelijkheid was om in zijn meest elementaire levensbehoeften te voorzien zoals voedsel, hygiëne en huisvesting. Het Hof vervolgde: “...*the applicant has been the victim of humiliating treatment showing a lack of respect for his dignity and that this situation has, without doubt, aroused in him feelings of fear, anguish or inferiority capable of inducing desperation. It considers that such living conditions, combined with the prolonged uncertainty in which he has remained and the total lack of any prospects of his situation improving, have attained the level of severity required to fall within the scope of Article 3 of the Convention.*”<sup>470</sup> De vaststelling dat de situatie van ontbering waarin verzoeker zich bevond, verbonden was met zijn status als asielzoeker en met het feit dat zijn asielaanvraag nog niet was onderzocht door de Griekse overheden, was van centraal belang in het oordeel van het Hof dat een schending van artikel 3 EVRM had plaatsgevonden.<sup>471</sup> Het Hof was immers van mening dat indien de Griekse overheden zijn asielaanvraag op spoedige wijze hadden behandeld, zijn lijden gevoelig zou zijn verminderd.<sup>472</sup>

Het Hof had een gelijkaardige bevinding met betrekking tot de omstandigheden van detentie die de verzoeker had ervaren, met name de overbevolking, het gebrek aan sanitair en bedden, het gebrek aan water zodat toiletwater werd gedronken, de hitte en het gebrek aan ventilatie. Ook hier oordeelde het Hof dat “*the conditions of detention experienced by the applicant were unacceptable. It considers that, taken together, the feeling of arbitrariness and the feeling of inferiority and anxiety often associated with it, as well as the profound effect such conditions of detention indubitably have on a person's dignity, constitute degrading treatment contrary to Article 3 of the Convention. In addition, the applicant's distress was accentuated by the vulnerability inherent in his situation as an asylum seeker.*”<sup>473</sup>

164. Het Hof heeft in essentie de impact van het nalatig gedrag van Griekenland op de reeds kwetsbare situatie van de verzoeker beoordeeld en veroordeeld. Dit nalatig gedrag leidde tot een situatie van ernstige ontbering die werd verergerd door de voortdurende onzekerheid en

---

<sup>467</sup> L. PERONI en A. TIMMERS, “Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention Law”, *International Journal of Constitutional Law* 2013, 1069-1070.

<sup>468</sup> EHRM 17 januari 2012, nr. 9146/07 en 32650/07, *Harkins en Edwards v. Verenigd Koninkrijk*, par. 121-1

<sup>469</sup> EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. Griekenland en België*, par. 252.

<sup>470</sup> EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. Griekenland en België*, par. 253.

<sup>471</sup> EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. Griekenland en België*, par. 263.

<sup>472</sup> EHRM 29 januari 2013, nr. 60367, *S.H.H. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 90.

<sup>473</sup> EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. Griekenland en België*, par. 262.

<sup>474</sup> EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. Griekenland en België*, par. 251. Zie in dezelfde zin EHRM 21 januari 2011, nr. 2237/08, *R.U. v. Griekenland*; EHRM 7 juni 2011, nr. 53709/11, *A.F. v. Griekenland*; EHRM 19 december 2013, nr. 53608, *B.M. v. Griekenland*; EHRM 19 december 2013, nr. 3344/10, *C.D. e.a. v. Griekenland*; EHRM 1 augustus 2013, nr. 70427/11, *Horshill v. Griekenland*.

het gebrek aan enig perspectief op verbetering. Het Hof nam de positieve verplichtingen die voortvloeien uit de EU-Opvangrichtlijn in bijzondere overweging en dit vanuit de gedachte “*patere legem quem ipsi fecisti*”. Dit wil niet zeggen dat in deze zaak het minimumniveau van hardheid dat wordt vereist om een schending van artikel 3 EVRM vast te stellen, werd verlaagd. Wel lijkt in deze zaak de standaard van bescherming tegen behandelingen strijdig met artikel 3 EVRM te zijn verhoogd voor die verdragsluitende Staten die tevens EU-lidstaten zijn en die specifieke verbintenissen zijn aangegaan ten aanzien van een specifieke groep, in casu asielzoekers.<sup>474</sup>

165. In *Aden Ahmed* onderzocht het Hof de omstandigheden van de detentie van een Somalische asielzoekster in Malta.<sup>475</sup> De Somalische asielzoekster werd vastgehouden na haar aankomst in Malta. Ze ontsnapte en reisde naar Nederland, in de hoop van daaruit verder te kunnen reizen naar Zweden om zich te voegen bij haar vader, broers en zussen en jongste zoon. De asielzoekster werd onder de Dublin II-verordening door Nederland teruggestuurd naar Malta, waar ze werd veroordeeld tot een gevangenisstraf van zes maanden voor het ontsnappen uit hechtenis en het verstrekken van valse informatie. In de gevangenis had de asielzoekster een miskraam. Het Hof beoordeelde dat het geheel van de omstandigheden van detentie waarin de asielzoekster gedurende meer dan 14,5 maanden had geleefd, met name de mogelijke blootstelling van gevangenen aan koude, het gebrek aan vrouwelijk gevangenispersoneel, het complete gebrek aan toegang tot buitenlucht en oefening gedurende een periode van drie maanden, het inadequate gevangenisdieet en de bijzondere kwetsbaarheid van de betrokkene, niet enkel als asielzoekster maar ook omwille van haar fragiele gezondheid en haar persoonlijke emotionele omstandigheden, op cumulatieve wijze aanleiding gaven tot het vaststellen van een vernederende behandeling in strijd met artikel 3 van het EVRM.

c.) De beoordeling van socio-economische of humanitaire omstandigheden in het land van herkomst of terugkeer: aanleiding voor een non-refoulementverplichting onder artikel 3 EVRM?

166. De vraag rijst of verdragsluitende Staten, wanneer ze een vreemdeling uitleveren of verwijderen, ook aansprakelijk zijn voor de socio-economische of humanitaire situaties in het land van herkomst of terugkeer. Is de rechtspraak die door het Hof werd ontwikkeld in de hierboven besproken ‘interne zaken’ ook van toepassing in ‘externe zaken’, met name in het kader van verwijdering of uitlevering? Kunnen de socio-economische of humanitaire omstandigheden in het land van terugkeer aanleiding geven tot non-refoulement?

167. In de zaak *Salah Sheekh* oordeelde het Hof oorspronkelijk dat de “*socio-economic and humanitarian conditions in a country of return did not necessarily have a bearing, and certainly not a decisive bearing, on the question whether the persons concerned would face a real risk of ill-treatment within the meaning of Article 3 in those areas*”.<sup>476</sup> In de zaak *Miah*

---

<sup>474</sup> Ik treed MORENO-LAX dan ook bij in haar pertinente vragen over wat dit betekent voor verdragsluitende staten die geen EU-lidstaten zijn en hoe een negatieve ‘fragmentatie’ van de verplichtingen onder artikel 3 EVRM kan worden vermeden. V. MORENO-LAX, “Dismantling the Dublin System: M.S.S. v. Belgium and Greece”, *EJML* 2012, 1-32. Zie in deze zin ook G. CLAYTON, “Asylum Seekers in Europe: M.S.S. v. Belgium and Greece”, *HRLR* 2011, 758-773. Zie voorts de hangende zaak bij het Hof van twee Afghaanse asielzoekers die tegen Frankrijk een schending van artikel 3 EVRM aanvoeren wegens tekortkomingen inzake de zgn. Opvangrichtlijn, verzoekschrift nr. 300027/12, *Panohi en Atayi v. Frankrijk* (terug te vinden in de Hudoc-databank van het Hof, <http://hudoc.echr.coe.int>).

<sup>475</sup> EHRM 23 juli 2013, nr. 55352/12, *Aden Ahmed v. Malta*, par. 91-100.

<sup>476</sup> EHRM 11 januari 2007, nr. 1948/04, *Salah Sheekh v. Nederland*, par. 141; EHRM 13 oktober 2011, nr. 10611/09, *Husseini v. Zweden*, par. 97. Vergelijk met Europese Commissie Mensenrechten 12 februari 1990, nr. 13078/87, *Fadele v. Verenigd Koninkrijk* (onontvankelijkheidsbeslissing): drie Britse kinderen die heel hun leven in het Verenigd Koninkrijk hadden doorgebracht, werden na de dood van hun moeder gedwongen om hun vader in Nigeria te vervoegen. Daar kwamen de kinderen echter terecht in bijzonder harde leefomstandigheden en kampen ze met een

stelde het Hof dat: “*For Article 3, the mere fact of return to a country where one’s economic position will be worse than in a Contracting State is not sufficient to meet the threshold of ill-treatment proscribed by Article 3.*”<sup>477</sup> Doorheen zijn rechtspraak heeft het Hof deze stelling genuanceerd. Het maakt in de beoordeling van socio-economische of humanitaire omstandigheden in het licht van het non-refoulementbeginsel een onderscheid tussen twee situaties.

168. In de eerste situatie wordt het risico op een schadelijke socio-economische behandeling of humanitaire omstandigheden eerder veroorzaakt door factoren of omstandigheden die rechtstreeks noch onrechtstreeks onder de verantwoordelijkheid van de overheden in het land van terugkeer vallen. In zulke situaties zal het Hof slechts uitzonderlijk afwijken van het traditioneel beginsel dat artikel 3 EVRM in principe enkel wordt toegepast om een verwijdering te voorkomen waar het risico op slechte behandeling in het land van terugkeer uitgaat van handelingen of nalatigheden van overheidsactoren of niet-overheidsactoren. Om tot een schending van artikel 3 EVRM te besluiten, moet aan een hoge bewijslast worden voldaan: er moeten zeer uitzonderlijke omstandigheden worden aangetoond waarbij de humanitaire overwegingen tegen verwijdering klemmend zijn.

169. In de tweede situatie zijn de schadelijke socio-economische behandeling of humanitaire omstandigheden wel het gevolg van rechtstreekse handelingen of nalatigheden van overheidsactoren of niet-overheidsactoren.<sup>478</sup> Hoewel socio-economische behandelingen of humanitaire omstandigheden in beginsel niet meteen betrekking hebben of invloed hebben op de vraag of er sprake is van een reëel risico op slechte behandeling, kunnen, volgens het Hof, bepaalde leefomstandigheden wel gelijk staan met een onmenselijke of een vernederende behandeling. Zo kan de verwijdering van een vreemdeling naar een land van herkomst waar hij zal belanden in een situatie van extreme armoede die gaat gepaard met de onmogelijkheid om in zijn elementaire levensbehoeften te voorzien, in bepaalde gevallen aanleiding geven tot een schending van het non-refoulementbeginsel onder artikel 3 EVRM, evenwel ook hier enkel in uitzonderlijke omstandigheden.

i) *De eerste situatie: de schadelijke socio-economische behandeling of humanitaire omstandigheden worden veroorzaakt door objectieve factoren of omstandigheden*

170. Volgens de vaste rechtspraak van het Hof moet de gevreesde behandeling een minimumniveau van hardheid bereiken vooraleer het valt onder de werking van artikel 3 EVRM. De beoordeling van dit minimumniveau van hardheid is relatief. Het is afhankelijk van alle omstandigheden van de zaak, zoals de duur van de gevreesde behandeling, de fysieke en mentale gevolgen ervan, het geslacht, de leeftijd alsook de gezondheidstoestand van het slachtoffer.<sup>479</sup>

171. De bescherming onder artikel 3 EVRM is van toepassing ongeacht de bron die aan de oorsprong ligt van het reëel risico op een slechte behandeling. Het Hof erkent dat niet alleen actoren (statelijke of niet-statelijke actoren), maar ook factoren of omstandigheden aan de oorsprong van een slechte behandeling kunnen liggen. Het Hof argumenteerde dat: “*given the*

---

voedseltekort. De Commissie vond hun grieven op basis van artikelen 3 en 8 EVRM ontvankelijk. Later werd echter een regeling getroffen met het Verenigd Koninkrijk: de vader verkreeg toegang en verblijf op het grondgebied van het Verenigd Koninkrijk zodat de kinderen konden terugkeren naar hun oude leven.

<sup>477</sup> EHRM 27 april 2010, nr. 53080/07, *Miah v. Verenigd Koninkrijk*, par. 14 (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>478</sup> EHRM 27 mei 2008, nr. 26565/05, *N v. Verenigd Koninkrijk*, par. 31.

<sup>479</sup> EHRM 15 juli 2002, nr. 47095/99, *Kalashnikov v. Rusland*, par. 95.

*fundamental importance of Article 3 (art. 3) in the Convention system, the Court must reserve to itself sufficient flexibility to address the application of that Article (art. 3) in other contexts which might arise. It is not therefore prevented from scrutinising an applicant's claim under Article 3 (art. 3) where the source of the risk of proscribed treatment in the receiving country stems from factors which cannot engage either directly or indirectly the responsibility of the public authorities of that country, or which, taken alone, do not in themselves infringe the standards of that Article (art. 3). To limit the application of Article 3 (art. 3) in this manner would be to undermine the absolute character of its protection. In any such contexts, however, the Court must subject all the circumstances surrounding the case to a rigorous scrutiny, especially the applicant's personal situation in the expelling state.”<sup>480</sup>*

In de zaak *N. v. Verenigd Koninkrijk* herhaalde het Hof deze stelling: “Article 3 principally applies to prevent a deportation or expulsion where the risk of ill-treatment in the receiving country emanates from intentionally inflicted acts of the public authorities there or from non-State bodies when the authorities are unable to afford the applicant appropriate protection (see *H.L.R. v. France*, 29 April 1997 § 32, Reports 1997-III, and *Ahmed v. Austria*, 17 December 1996 § 44, Reports 1996-VI). In addition, aside from these situations and given the fundamental importance of Article 3 in the Convention system, the Court in the above-cited *D. v. the United Kingdom* case (§ 49) reserved to itself sufficient flexibility to address the application of Article 3 in other contexts which might arise, where the source of the risk of proscribed treatment in the receiving country stemmed from factors which could not engage either directly or indirectly the responsibility of the public authorities of that country, or which, taken alone, did not in themselves infringe the standards of Article 3.”<sup>481</sup>

172. Deze redenering ontwikkelde het Hof voornamelijk op basis van zaken waarin vreemdelingen zich beriepen op hun gezondheidstoestand en het gebrek aan medische en sociale zorg in het land van terugkeer om hun verwijdering te verhinderen. Het Hof erkent namelijk dat een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM een oorsprong kan vinden in de combinatie van een natuurlijk voorkomend fenomeen, met name een ernstige fysieke of mentale ziekte, met een gebrek aan overheidsmiddelen in het land van herkomst of terugkeer om de nodige medische en sociale zorg te voorzien. Voorts erkent het Hof ook dat de enkele omstandigheid waarin een overheid door een gebrek aan middelen bepaalde welzijnsvoorzieningen niet kan aanbieden of bepaalde leefomstandigheden niet kan garanderen, eventueel aanleiding kan geven tot een schending van artikel 3 EVRM.<sup>482</sup>

173. Juist omdat het Hof aanvaardt dat objectieve factoren of omstandigheden aan de bron kunnen liggen van een risico op slechte behandeling, zal het Hof in deze specifieke gevallen enkel in ‘zeer uitzonderlijke omstandigheden’ een schending van artikel 3 EVRM vaststellen, met name wanneer er klemmende humanitaire overwegingen zijn die tegen verwijdering pleiten.<sup>483</sup> De vereiste minimumdrempel van hardheid ligt hier aanzienlijk hoger.

---

<sup>480</sup> EHRM 2 mei 1997, nr. 30240/96, *D v. Verenigd Koninkrijk*, par. 49.

<sup>481</sup> EHRM 27 mei 2008, nr. 26565/05, *N. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 31-32.

<sup>482</sup> EHRM 29 januari 2013, nr. 60367, *S.H.H. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 89.

<sup>483</sup> EHRM 10 april 2012, nr. 60286/09, *Balogun v. Verenigd Koninkrijk*, par. 31; EHRM 27 mei 2008, nr. 26565/05, *N. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 42.

### *i.1. Ernstig zieke vreemdelingen en hun situatie in het land van terugkeer*

174. In algemene termen stelt het Hof dat: *“The suffering which flows from naturally occurring illness, physical or mental, may be covered by Article 3, where it is, or risks being, exacerbated by treatment, whether flowing from conditions of detention, expulsion or other measures, for which the authorities can be held responsible.”*<sup>484</sup>

De verwijdering van een vreemdeling die lijdt aan een ernstige fysieke of geestelijke ziekte naar een land waar de medische behandeling van een lager niveau is dan de beschikbare medische behandeling in de verdragsluitende Staat, zal in beginsel geen aanleiding geven tot het vaststellen van een schending van artikel 3 EVRM tenzij in zeer uitzonderlijke omstandigheden waar de humanitaire overwegingen die zich verzetten tegen verwijdering van klemmende aard zijn.

Het Hof heeft voor de eerste maal, meer bepaald in de zaak *D.*, geoordeeld dat de vereiste ‘zeer uitzonderlijke omstandigheden’ aanwezig waren om een schending van artikel 3 EVRM vast te stellen.<sup>485</sup> In deze zaak oordeelde het Hof dat wegens de combinatie van een aantal factoren, zowel persoonlijke factoren als factoren met betrekking tot de medische en sociale omstandigheden in het land van terugkeer, er in dit geval sprake was van ‘klemmende humanitaire overwegingen’. Concreet betrof het (1) het terminale en kritieke stadium van een ongeneeslijke ziekte (vergevoerd en direct levensbedreigend), m.n. AIDS, (2) het gebrek aan en de ontoereikendheid van medische en verzorgende voorzieningen voor de behandeling van AIDS in het land van terugkeer, en (3) het gebrek aan sociale opvang, met name de afwezigheid van familieleden of vrienden die een minimum aan voedsel, huisvesting en steun kunnen verstrekken.<sup>486</sup> Het feit dat de verzoeker gedurende een lange periode medische verzorging en psychologische begeleiding in de verdragsluitende Staat had ontvangen, moet eerder als een bijkomende overweging worden gezien.<sup>487</sup> Een aantal zaken met feiten die gelijkaardig waren aan die in de zaak *D.* werden in eerste instantie ontvankelijk verklaard maar niet gevolgd door een uitspraak ten gronde omdat de betrokken verdragsluitende Staat een minnelijke schikking trof met de vreemdeling.<sup>488</sup>

---

<sup>484</sup> EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02, *Pretty v. Verenigd Koninkrijk*, par. 52.

<sup>485</sup> EHRM 2 mei 1997, nr. 30240/96, *D. v. Verenigd Koninkrijk*. In een eerdere zaak stelde de Europese Commissie Mensenrechten reeds dat *“The Commission does not exclude that a lack of proper care in a case where someone is suffering from a serious illness could in certain circumstances amount to treatment contrary to Article 3”*. De Commissie onderzocht de algemene situatie in het land van terugkeer en de persoonlijke situatie van een verzoeker die beweerde dat de uitvoering van een verwijderingsmaatregel ertoe zou leiden dat hij zijn zicht zou verliezen als gevolg van ontoereikende medische faciliteiten in het land van terugkeer. De Commissie oordeelde echter dat, in het licht van de meest recente medische informatie, hij geen nood had aan een operatie en dat er niet was aangetoond dat hij de nodige medicatie niet in Ghana kon verkrijgen of niet kon meenemen bij terugkeer. Bovendien had de verzoeker familieleden in Ghana: Europese Commissie Mensenrechten 19 mei 1994, nr. 23634/94, *Tanko v. Finland*.

<sup>486</sup> Zie EHRM 27 mei 2008, nr. 26565/05, *N. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 42.

<sup>487</sup> Door een deel van de vroegere rechtsleer werd dit als een subcriterium t.a.v. de ernst van de ziekte aanzien en meende men dat hiermee een gerechtvaardigde verwachting van de voortzetting van deze steun wordt gecreëerd. Men steunt daarvoor op de volgende overweging van het Hof: *“The Court also notes in this respect that the respondent State has assumed responsibility for treating the applicant's condition since August 1994. He has become reliant on the medical and palliative care which he is at present receiving and is no doubt psychologically prepared for death in an environment which is both familiar and compassionate.”* Zie EHRM 2 mei 1997, nr. 30240/96, *D. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 53. Zie ook bijvoorbeeld S. BOUCKAERT, *Documentloze vreemdelingen, Grondrechtenbescherming doorheen de Belgische en internationale rechtspraak vanaf 1985*, Antwerpen, Maklu, 2007, 107. Uit latere rechtspraak blijkt echter dat het feit dat een vreemdeling langdurig heeft kunnen rekenen op medische en sociale zorgen in een verdragsluitende Staat, geen verplichting inhoudt om voor de vreemdeling te blijven zorgen: EHRM 27 mei 2008, nr. 26565/05, *N. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 49.

<sup>488</sup> In Europese Commissie Mensenrechten 9 maart 1998, nr. 30930/96, *B.B. v. Frankrijk*, par. 54 kwam de Commissie tot een gelijkaardige conclusie als in de zaak *D.* De zaak werd echter door het Hof geschrapt nadat Frankrijk besliste om de verzoeker, die leed aan AIDS, niet te verwijderen. Zie par. 54: *“Given that the object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings require that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective, the Commission considers that exposing a person to a real and substantiated risk to his health which is so serious as to amount to a violation of Article 3 on account of other factors in the receiving country, such as the lack of medical care and services, as well as*

175. In de zaak *D.* oordeelde het Hof vooreerst dat, gezien het kritieke stadium van de fatale ziekte, de verzoeker louter door de tenuitvoerlegging van de verwijderingsbeslissing zou worden blootgesteld aan een onmenselijke behandeling in strijd met artikel 3 EVRM.<sup>489</sup> Het Hof meende voorts dat een abrupte afbreking van de medische en sociale faciliteiten in de verdragsluitende Staat de meest dramatische gevolgen zou hebben voor de verzoeker. Dat dit zou leiden tot een vervroegde dood werd niet betwist.

176. Het onderzoek naar een mogelijke schending van artikel 3 EVRM betrof in casu echter meer dan het louter beantwoorden van de vraag of het voor betrokkene fysiek mogelijk was om te reizen (*'fit to travel'*) of de vraag of de verwijdering een reëel risico inhield voor de fysieke integriteit of het leven van de betrokkene. Het Hof had immers ook oog voor de omstandigheden waarin de verzoeker zou terechtkomen in zijn land van herkomst. Het Hof stelde dat in zulke zaken *"the Court must subject all the circumstances surrounding the case to a rigorous scrutiny"*.<sup>490</sup>

De omstandigheden in het land van herkomst houden op zich geen schending in van de standaarden onder artikel 3 EVRM. Toch oordeelde het Hof dat in dit specifieke geval de verwijdering naar het land van herkomst de verzoeker zou blootstellen aan een reëel risico op overlijden in zeer schrijnende omstandigheden. Het Hof meende dat er een ernstig risico bestond dat een terugkeer naar de barre omstandigheden in het land van herkomst, het gebrek aan onderdak, voedsel, hygiëne, familiale of sociale opvang en de ontoereikendheid van de medische behandeling, de reeds beperkte levensverwachting van de verzoeker niet alleen verder zou verminderen, maar bovenal hem zou onderwerpen aan een acuut geestelijk en fysiek lijden dat gelijkstaat met een onmenselijke behandeling.<sup>491</sup>

177. Het EHRM heeft op een later moment zijn rechtspraak hieromtrent verduidelijkt. Zo benadrukte de Grote Kamer in de zaak *N.* dat artikel 3 EVRM aan een vreemdeling niet het recht waarborgt om op het grondgebied van een verdragsluitende Staat te blijven louter om de reden dat die Staat betere medische verzorging kan verstrekken dan zijn land van herkomst. Zelfs de omstandigheid dat de verwijdering de gezondheidstoestand beïnvloedt en de levensverwachting op betekenisvolle wijze vermindert, volstaat niet om een schending van die bepaling op te leveren.<sup>492</sup> De Grote Kamer benadrukte voorts dat het nodig is om een hoge drempel te handhaven in zulke zaken omdat de eventuele schade niet voortvloeit uit opzettelijke handelingen of nalatigheden van overheden of niet-statelijke actoren, maar daarentegen voortvloeit uit een natuurlijk voorkomende ziekte en het gebrek aan voldoende

---

*social and environmental factors, are capable of engaging the responsibility of the State intending to expel the person."* Zie ook EHRM 18 november 1999, nr. 41874/98, *Tatete v. Zwitserland* (onontvankelijkheidsbeslissing): een Congolese afgewezen asielzoekster leed aan AIDS in een vergevorderd stadium en voerde aan dat, bij terugkeer naar Congo, zij nog slechts zes maanden te leven zou hebben wegens geen toegang tot adequate gezondheidszorg in haar land van herkomst. Zwitserland argumenteerde dat AIDS noch in Congo noch in Zwitserland te genezen was, hoewel de verdere ontwikkeling van de ziekte kon worden vertraagd. Bovendien kon de vreemdeling in Congo rekenen op de bijstand van haar moeder, twee zussen en drie kinderen, wat een weldoend effect op haar geestelijke toestand zou hebben. Zwitserland trof niettemin een minnelijke schikking met de vreemdeling en stelde: *"Le gouvernement suisse, tout en étant pleinement conscient du drame humain qui vit la requérante à l'instar de milliers d'autres personnes atteintes du SIDA, est d'avis que la responsabilité d'un Etat contractant qui envisage de renvoyer un non national dans son pays d'origine ne peut pas être engagée, sous l'angle de l'article 3 CEDH, pour la seule et unique raison que l'intéressé pourrait bénéficier d'un meilleur traitement médical dans l'Etat d'accueil. Ainsi, tenant compte de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, l'exécution du renvoi de Mme Tatete dans son pays d'origine ne se heurterait pas aux exigences de l'article 3 CEDH. C'est donc au regard de considérations humanitaires exclusivement que le Gouvernement suisse accorde une autorisation provisoire à Mme Tatete (...)"* EHRM 6 juli 2000, nr. 41874/98, *Tatete v. Zwitserland*, par. 20.

<sup>489</sup> EHRM 2 mei 1997, nr. 30240/96, *D. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 53.

<sup>490</sup> EHRM 2 mei 1997, nr. 30240/96, *D. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 49.

<sup>491</sup> EHRM 2 mei 1997, nr. 30240/96, *D. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 52.

<sup>492</sup> EHRM 27 mei 2008, nr. 26565/05, *N. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 42.

overheidsmiddelen in het land van terugkeer om daarmee om te gaan. De redenen daarvoor zijn tweevoudig.<sup>493</sup>

178. In de eerste plaats stelde de Grote Kamer dat: *“Although many of the rights it contains have implications of a social or economic nature, the Convention is essentially directed at the protection of civil and political rights.”* De Grote Kamer vervolgde: *“Furthermore, inherent in the whole of the Convention is a search for a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights. Advances in medical science, together with social and economic differences between countries, entail that the level of treatment available in the Contracting State and the country of origin may vary considerably. While it is necessary, given the fundamental importance of Article 3 in the Convention system, for the Court to retain a degree of flexibility to prevent expulsion in very exceptional cases, Article 3 does not place an obligation on the Contracting State to alleviate such disparities through the provision of free and unlimited health care to all aliens without a right to stay within its jurisdiction. A finding to the contrary would place too great a burden on the Contracting States.”*

179. Voorts verduidelijkte de Grote Kamer in de zaak *N.* dat zijn rechtspraak niet enkel van toepassing is op personen die met HIV besmet zijn of AIDS hebben maar dat *“the same principles must apply in relation to the expulsion of any person afflicted with any serious, naturally occurring physical or mental illness which may cause suffering, pain and reduced life expectancy and require specialised medical treatment which may not be so readily available in the applicant's country of origin or which may be available only at substantial cost.”*<sup>494</sup>

180. Een analyse van de onontvankelijkheidsbeslissingen en ongegrondheidsbeslissingen van het Hof in deze materie leert dat het Hof bij het onderzoek naar eventuele ‘zeer uitzonderlijke omstandigheden’ inzonderheid de actuele gezondheidstoestand van een vreemdeling op het moment van de verwijdering beoordeelt.<sup>495</sup> Aldus beoordeelt het Hof het risico op een schending van artikel 3 EVRM *“in the light of the material before it at the time of its consideration of the case, including the most recent information on his state of health”*.<sup>496</sup> Een aantal beslissingen van het Hof zijn derhalve voornamelijk gegrond op het feit dat de ziekte nog geen vergevorderd of terminaal/kritiek stadium heeft bereikt of dat de vreemdeling zich niet meer in een kritiek ziektestadium bevindt en reisgeschikt is bevonden.<sup>497</sup> In de zaak *Paposhvili* stelde het Hof vast dat de aandoeningen waaraan verzoeker lijdt, waaronder sprake is van chronische lymfatische leukemie wat een ongeneselijke en dodelijke ziekte is, gestabiliseerd en onder controle zijn dankzij de behandelingen die de vreemdeling tot op dat moment heeft kunnen genieten in de ontvangende verdragsluitende Staat, waardoor er geen

---

<sup>493</sup> EHRM 27 mei 2008, nr. 26565/05, *N. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 44.

<sup>494</sup> EHRM 27 mei 2008, nr. 26565/05, *N. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 45.

<sup>495</sup> EHRM 10 mei 2012, nr. 34724/10, *E.O. v. Italië*, par. 38.

<sup>496</sup> EHRM 2 mei 1997, nr. 30240/96, *D. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 50. Het Hof kijkt enkel naar de huidige medische situatie. Zie EHRM 15 februari 2000, nr. 46553/99, *SCC v. Zweden* (onontvankelijkheidsbeslissing): *“The Court further recalls the conclusion of the Swedish National Board of Health and Welfare that, when assessing humanitarian aspects of a case like this, an overall evaluation of HIV infected alien's state of health should be made rather than letting the HIV diagnosis in itself be decisive.”* EHRM 13 oktober 2011, nr. 10611/09, *Husseini v. Zweden*, par. 92: Het Hof stelde vast dat er geen recente informatie was over de eventuele verergering of verbetering van de geestelijke gezondheidstoestand van de verzoeker. Zie in dezelfde zin EHRM 20 oktober 2011, nr. 55643/09, *Samina v. Zweden*, par. 59.

<sup>497</sup> Zie EHRM 29 mei 1998, nr. 40900/98, *Karara v. Finland* (onontvankelijkheidsbeslissing) en EHRM 22 juni 2004, nr. 17868/03, *Ndangoya v. Zweden* (onontvankelijkheidsbeslissing). Beide verzoekers, hoewel HIV-besmet, hadden nog geen AIDS ontwikkeld en bevonden zich dan ook niet in een terminaal stadium. In EHRM 20 december 2011, nr. 10486/10, *Yoh-Ekale Mwanje v. België*, par. 83, stelde het Hof dat de gezondheidstoestand van de verzoekster was gestabiliseerd dankzij de toediening van de voorgeschreven medicijnen waardoor ze zich niet (meer) in een kritieke toestand bevond en in staat was om te reizen. Zie ook

rechtstreekse en actuele bedreiging van zijn leven is en hij reisgeschikt wordt bevonden.<sup>498</sup> Het gegeven dat zijn levensverwachting bij verwijdering op betekenisvolle wijze zal verminderen en zijn situatie aanzienlijk zal verergeren, is in beginsel niet relevant voor het Hof. Evenmin impliceert het gegeven dat verzoeker drie jaar lang een medische verzorging heeft genoten, een verplichting voor de ontvangende Staat om de verzoeker een medische verzorging te blijven aanbieden.<sup>499</sup>

181. Conform zijn vaste rechtspraak, heeft het Hof anderzijds normaliter ook oog voor alle omstandigheden die een individuele zaak betreffen en dus ook voor de algemene situatie in het land van herkomst, alsook de persoonlijke situatie van een vreemdeling in dat land van herkomst.<sup>500</sup> Het is immers mogelijk dat factoren en omstandigheden die op zichzelf genomen geen aanleiding geven tot een schending van artikel 3 van het EVRM, in hun combinatie wel aanleiding kunnen geven tot een schending van artikel 3 van het EVRM.<sup>501</sup> Uit de rechtspraak van het Hof volgt aldus dat in beginsel een gehele beoordeling van alle betrokken omstandigheden toelaat te besluiten of er al dan niet uitzonderlijke omstandigheden aanwezig zijn waarbij de humanitaire overwegingen die tegen verwijdering pleiten klemmend zijn. De onontvankelijkheids- of ongegrondheidsbeslissingen van het Hof zijn dan ook mede gebaseerd op het feit dat er enige vorm van medische behandeling en sociale/familiale opvang beschikbaar is in het land van terugkeer waardoor er geen sprake is van 'uitzonderlijke omstandigheden'.<sup>502</sup>

182. Het Hof stelt daarbij dat de gezondheidsstandaarden in het land van herkomst niet dienen te voldoen aan de gezondheidsstandaarden in de verdragsluitende Staat. Het gegeven dat de omstandigheden voor een verzoeker minder gunstig zijn in het land van terugkeer dan in de verdragsluitende Staat of dat de beschikbare behandeling van mindere kwaliteit is, is dan ook geen doorslaggevend element.<sup>503</sup>

---

<sup>498</sup> EHRM 17 april 2014, nr. 41738/10, *Paposhvili v. België*, par. 120.

<sup>499</sup> EHRM 17 april 2014, nr. 41738/10, *Paposhvili v. België*, par. 119 en 123.

<sup>500</sup> Om het bestaan van een risico op slechte behandelingen na te gaan, dienen volgens het EHRM de te verwachten gevolgen van de verwijdering van de verzoekende partij naar het land van bestemming te worden onderzocht, rekening houdend met de algemene situatie in dat land en met de omstandigheden die eigen zijn aan het geval van de verzoekende partij. Zie EHRM 11 oktober 2011, nr. 46390/10, *Auad v. Bulgarije*, par. 99(c).

<sup>501</sup> EHRM 2 mei 1997, nr. 30240/96, *D v. Verenigd Koninkrijk*, par. 49.

<sup>502</sup> EHRM 17 januari 2006, nr. 50278/99, *Aoumi v. Frankrijk*, par. 57-60: De verzoeker leed aan een ernstige ziekte, m.n. hepatitis C. Er was niet aangetoond dat er geen medische behandeling voorhanden was in Algerije. Het feit dat deze medische behandeling minder gemakkelijk te verkrijgen is dan in de verdragsluitende Staat, is geen beslissend element in het licht van artikel 3 EVRM. EHRM 24 juni 2003, nr. 13669/03, *Henao v. Nederland* (onontvankelijkheidsbeslissing): De gezondheidstoestand van de betrokkene was redelijk, maar een terugval was mogelijk indien de antiretrovirale behandeling werd stopgezet. Het Hof concludeerde dat een HIV-behandeling in beginsel beschikbaar was in Colombia, waar zijn vader alsook broers en zussen woonden. Er was dus een perspectief op medische zorg en familiale opvang en steun. EHRM 27 mei 2008, nr. 26565/05, *N. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 46-51: De verzoekster leed aan AIDS maar was stabiel genoeg om te reizen. Antiretrovirale medicijnen waren beschikbaar in Oeganda, hoewel die in de praktijk door een gebrek aan middelen enkel door de helft van de personen in nood werden verkregen. Ze kon eventueel rekenen op steun van familie in Oeganda. Het Hof gaf toe dat de levenskwaliteit en levensduur van de verzoekster door haar terugkeer zou worden getroffen, maar dat ze momenteel niet ernstig ziek was en dat de snelheid van haar medische achteruitgang en de omvang van haar toegang tot medische behandeling alsook tot zorg, een zekere graad van speculatie inhield. Uiteindelijk oordeelde het Hof dat er hier geen sprake was van uitzonderlijke omstandigheden. Zie ook EHRM 13 oktober 2011, nr. 10611/09, *Husseini v. Zweden*, par. 88-94; EHRM 20 oktober 2011, nr. 55643/09, *Samina v. Zweden*, par. 56-61 en EHRM 10 april 2012, nr. 60286/09, *Balogun v. Verenigd Koninkrijk*, par. 33. Daarbij werd geoordeeld dat een geschikte (psychiatrische) behandeling aanwezig was in het land van herkomst.

<sup>503</sup> Voorbeelden hiervan zijn EHRM 29 juni 2004, nr. 7702/04, *Salkic e.a. v. Zweden* (onontvankelijkheidsbeslissing) en EHRM, 27 september 2005, nr. 17416/05, *Hukic v. Zweden* (onontvankelijkheidsbeslissing), waarbij telkens werd geoordeeld dat, hoewel niet van dezelfde standaard als in Zweden, respectievelijk de geestelijke gezondheidszorg voor getraumatiseerde familieleden alsook de nodige medische behandeling voor een kind met het Down-syndroom voorhanden waren in Bosnië-Herzegovina. Zie ook EHRM 24 juni 2003, nr. 13669/03, *Henao v. Nederland* (onontvankelijkheidsbeslissing), "The fact that the applicant's circumstances in Colombia would be less favourable than those he enjoys in the Netherlands cannot be regarded as decisive from the point of view of Article 3 of the Convention."



Van belang is vooral dat de behandeling beschikbaar is, en bijgevolg doet het Hof in mindere mate onderzoek naar de toegankelijkheid van de beschikbare behandeling. Noch het feit dat een beschikbare behandeling aanzienlijk veel geld kost, noch het gegeven dat een medische behandeling moeilijk toegankelijk is omwille van logistieke, praktische of geografische redenen, zijn op zich doorslaggevende elementen in de beoordeling van het Hof.<sup>504</sup>

183. Niettemin, hoewel het EHRM inderdaad vaak de behandelingsmogelijkheden in het land van herkomst en de familiale situatie van de vreemdeling onderzoekt, zal het toch besluiten dat geen schending van artikel 3 van het EVRM kan worden aanvaard indien er geen ernstige, kritieke gezondheidstoestand is en dit ongeacht de resultaten van het voornoemde onderzoek. Zelfs als rekening is gehouden met de beschikbaarheid van een medische behandeling alsook de aanwezigheid van een sociale of familiale opvang in het land van herkomst, is voor het Hof doorslaggevend de vaststelling dat de ziekte van de betrokken vreemdeling zich niet in een terminale of kritieke fase bevindt.

184. In die zin stelde het Hof in de zaak *Yoh-Ekale Mwanje* vast dat “*des médicaments ARV de seconde ligne sont disponibles au Cameroun, mais que leur accès est aléatoire et que, faute de ressources suffisantes et d’un suivi biologique régulier et fiable, la distribution de ces traitements demeure marginale et bénéficie à seulement 1,89% des patients qui en ont besoin*”.<sup>505</sup> Het Hof gaf vervolgens aan dat het wist dat het ontbreken van de vereiste medicatie voor de verzoekster tot gevolg zou hebben dat op korte of middellange termijn haar gezondheidssituatie en haar levensverwachting zou verslechteren. Het Hof is evenwel van mening dat uit zijn eerdere rechtspraak volgt dat dergelijke omstandigheden niet voldoende zijn om te besluiten tot een schending van artikel 3 EVRM. Meer dwingende overwegingen van humanitaire aard, die voornamelijk (*principalement*) verband houden met de gezondheidstoestand van de betrokken vreemdeling vóór de tenuitvoerlegging van de verwijderingsmaatregel, moeten aanwezig zijn: “*Selon la Cour, il faut donc que des considérations humanitaires encore plus impérieuses caractérisent l’affaire. Ces considérations tiennent principalement à l’état de santé des intéressés avant l’exécution de la décision d’éloignement.*” Hierbij werd verwezen naar de kritieke gezondheidstoestand waarvan sprake in de zaak *D*. Vervolgens oordeelde het EHRM dat, nu de gezondheidstoestand van de verzoekster gestabiliseerd was, haar CD4-cellenaantal opnieuw gestegen was en er zich geen opportunistische infecties hadden ontwikkeld, zij zich niet in een kritieke toestand bevond en in de mogelijkheid was te reizen. Het Hof sprak zich niet uit over de vraag of de verzoekster eventueel kon terugvallen op een sociaal of familiaal netwerk in Kameroen omdat daarover geen precieze gegevens voorlagen. Trouw aan de lijnen uitgezet in de zaak *N*. oordeelde het Hof dat het geheel van de omstandigheden in casu niet voldoende

---

<sup>504</sup> Zie EHRM 15 februari 2000, nr. 46553/99, *SCC v. Zweden* (onontvankelijkheidsbeslissing); EHRM, 22 juni 2004, nr. 17868/03, *Ndangoya v. Zweden* (onontvankelijkheidsbeslissing): De antiretrovirale behandeling in Zweden was zeer succesvol, en het Hof oordeelde dat de verzoekers ziekte geen kritieke of terminale fase had bereikt, dat er beroep kon worden gedaan op een geschikte behandeling in Tanzania, hoewel deze aanzienlijk duur is en bovendien beperkt beschikbaar in het rurale gebied waar de verzoeker woont, maar dat de verzoeker in principe vrij was om zich op een plaats te vestigen waar deze medische behandeling beschikbaar is. Voorts leken de verzoekers banden met zijn familie in het land van herkomst niet geheel doorgesneden en het zou niet onmogelijk zijn voor de verzoeker om te rekenen op de steun van zijn familie bij terugkeer. EHRM 25 november 2004, nr. 25629/04, *Amegnigan v. Nederland* (onontvankelijkheidsbeslissing): Medische stukken toonden aan dat indien de betrokkene geen beroep meer kon doen op een antiretrovirale behandeling, hij meteen terug in een kritieke fase van de ziekte zou vallen met een rechtstreekse bedreiging van zijn leven. Hoewel deze behandeling beschikbaar was in Togo, toonde landeninformatie aan dat het voor personen zonder ziekteverzekering moeilijk is om deze behandeling te bekostigen zonder financiële steun van familie. Het Hof oordeelde dat betrokkene zich nog niet in een terminale fase van AIDS bevond en dat een geschikte behandeling in principe beschikbaar was in Togo, hoewel die mogelijk aanzienlijk veel geld zou kosten. Daarnaast kon de verzoeker ook nog rekenen op de steun van zijn moeder en broer in het land van herkomst. EHRM 17 april 2014, nr. 41738/10, *Paposhvili v. België*, par. 122: het Hof achtte het weinig waarschijnlijk dat verzoeker niet over voldoende financiële middelen zou beschikken nu hij nog een broer heeft in Georgië alsook over een stuk grond beschikt.

<sup>505</sup> EHRM 20 december 2011, nr. 10486/10, *Yoh-Ekale Mwanje v. België*, par. 81.

klemmend noch uitzonderlijk genoeg waren om te besluiten tot een schending van artikel 3 EVRM.

### *i.2. Vreemdelingen met mentale gezondheidsproblemen*

185. Bijzondere aandacht dient gewijd te worden aan de moeilijke en complexe situatie van vreemdelingen die kampen met psychologische of psychische problemen en aandoeningen. De gevreesde schade is in deze gevallen vaak te wijten aan het individu zelf, bijvoorbeeld omwille van een mogelijke zelfmoord, zelfmoordpogingen of zelfverminking als gevolg van ernstige mentale gezondheidsproblemen.<sup>506</sup> Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat de gevolgen van de mentale gezondheidsproblemen vaak eerder als speculatief van aard worden beoordeeld omdat het vereiste 'reële risico' niet kan worden voorzien noch vastgesteld.<sup>507</sup>

186. In de zaak *Bensaid* boog het Hof zich over een verzoeker die leed aan de langdurige geestelijke ziekte schizofrenie.<sup>508</sup> Het Hof gaf toe dat een terugkeer naar Algerije een verhoogd risico inhield op een terugval. Bovendien kunnen de symptomen die gepaard gaan met een dergelijke terugval, meer bepaald hallucinaties, psychotische waanbeelden (die kunnen leiden tot zelfmutilatie en schade aan anderen), alsook beperkingen in de sociale omgang, aanleiding geven tot een lijden dat valt binnen de werkingssfeer van artikel 3 EVRM. Het Hof merkte evenwel op dat zo'n terugval zich ook in het Verenigd Koninkrijk zou kunnen voordoen, rekening houdend met de langdurigheid van de ziekte en het feit dat deze ziekte een continue opvolging vergt. In zijn land van herkomst zou er een verschil zijn in persoonlijke ondersteuning en de toegankelijkheid van de behandeling. Toch stelde het Hof dat het gegeven dat de omstandigheden in Algerije voor de verzoeker minder gunstig waren dan in het Verenigd Koninkrijk, niet doorslaggevend was in het licht van artikel 3 EVRM. Immers, de medische behandeling was alleszins beschikbaar in Algerije. Zo was het niet uitgesloten dat het medicijn dat hem hielp om de symptomen van schizofrenie onder controle te houden of andere gelijkaardige medicijnen beschikbaar zouden zijn. Het Hof besloot dat het risico op een verslechtering van zijn gezondheidstoestand bij terugkeer naar Algerije grotendeels speculatief was. Voorts meende het Hof dat ook de stelling dat de verzoeker geen geschikte steun of zorg zou krijgen, speculatief was. Andere elementen die door de verzoeker werden aangehaald, zoals een eventuele verstoting door zijn familie en de moeilijkheden die hij zou ondervinden om het ziekenhuis te bereiken, omwille van actief terrorisme en logistieke problemen, werden door het Hof ook als hypothetisch afgedaan. Hoewel de ernst van de verzoekers mentale gezondheidstoestand werd aanvaard, vertoonde zijn individuele geval echter niet de vereiste uitzonderlijke omstandigheden om onder het toepassingsgebied van artikel 3 EVRM te vallen.

187. In een andere zaak waar ook paranoïde schizofrenie werd aangevoerd, stelde het Hof vast dat de omstandigheden van dit individueel geval nog hypothetischer waren. Enige informatie met betrekking tot de actuele gezondheidstoestand en de benodigde behandeling was afwezig in deze zaak. Voorts werd niet aangetoond dat er geen toegang zou zijn tot een geschikte behandeling of steun in Bangladesh, niettegenstaande het gegeven dat de verzoeker in het

---

<sup>506</sup> Zie o.m. Europese Commissie Mensenrechten 4 september 1995, nr. 25342/94, *Raidl v. Oostenrijk* (onontvankelijkheidsbeslissing) en EHRM 6 februari 2001, nr. 44599/98, *Bensaid v. Verenigd Koninkrijk*, par. 37, in de meest enge zin.

<sup>507</sup> Volgens vaste rechtspraak van het Hof dient het risico reëel, persoonlijk en voorzienbaar te zijn en dus meer in te houden dan enkel de mogelijkheid op een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM. Zie EHRM 30 oktober 1991, nr. 45/1990/236/302-306, *Vilvarajah e.a. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 108 en 111. Volgens de analyse van WOUTERS impliceert een reëel, persoonlijk en voorzienbaar risico dat het risico prospectief is. Het risico moet dus echt zijn, d.w.z. realistisch en niet-fictief. K. WOUTERS, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, Intersentia, Antwerpen, 2009, 248.

<sup>508</sup> EHRM 6 februari 2001, nr. 44599/98, *Bensaid v. Verenigd Koninkrijk*, par. 32-41.

Verenigd Koninkrijk reeds geruime tijd op de steun van zijn familie kon rekenen. Tenslotte was evenmin aangetoond dat de verzoekers gezondheidstoestand in afwezigheid van enige behandeling of steun in Bangladesh onvermijdelijk zou verslechteren tot een niveau dat gelijk zou staan met onmenselijke of vernederende behandeling.<sup>509</sup>

188. In een zaak waarin het posttraumatisch stresssyndroom (PTSD) en depressie werden aangevoerd, aanvaardde het Hof dat de symptomen van PTSD zich soms pas uiten jaren nadat de traumatische gebeurtenissen in het land van herkomst waarmee ze rechtstreeks verband houden, hebben plaatsgevonden. Ongeacht de oorzaak van het PTSD bij de verzoeker in kwestie, aanvaardde het Hof dat PTSD een ernstige medische aandoening betrof. Het Hof ging vervolgens, in lijn met zijn vaste rechtspraak inzake artikel 3 EVRM, na wat de voorzienbare gevolgen waren van een eventuele verwijdering van de verzoeker naar het land van herkomst. Uit recente informatie inzake de gezondheidstoestand bleek dat de verzoeker leed aan slaapstoornissen, nachtmerries en het herleven van de traumatische gebeurtenissen. Voorts had de verzoeker een jaar geleden een zelfmoordpoging ondernomen. De behandeling bestond uit therapie en medicatie. Het Hof noteerde dat geestelijke gezondheidszorg beschikbaar was in Sri Lanka. En hoewel deze niet van dezelfde standaard als in Nederland was, bestonden er gespecialiseerde behandelingen voor getraumatiseerde patiënten alsook verscheidene therapeutische medicijnen. Het noteerde ook dat de ouders van de verzoeker nog steeds in Sri Lanka woonden en dat niet was aangetoond dat zij niet in de mogelijkheid zouden verkeren om de nodige steun te verlenen. Alle elementen samen genomen, besloot het Hof dat het risico op een verslechtering van de verzoekers gezondheidstoestand bij terugkeer en de stelling dat hij geen geschikte steun of zorg zou krijgen, grotendeels speculatief waren. Er was er geen sprake van 'uitzonderlijke omstandigheden'.<sup>510</sup>

189. Het Hof oordeelde gelijkaardig met betrekking tot een verzoeker die leed aan een ernstige en langdurige mentale stoornis die veelvuldige psychotische decompensaties veroorzaakte. De verzoeker werd behandeld in een psychiatrisch ziekenhuis. Ook hier erkende het Hof de ernst van zijn medische gezondheidstoestand, maar stelde evenwel vast dat psychiatrische behandeling beschikbaar was in Kosovo.<sup>511</sup>

190. Wanneer een geestelijk gezondheidsprobleem wordt aangevoerd in samenhang met een zelfmoordrisico, dan zal het Hof nagaan in welke mate dit zelfmoordrisico reëel en concreet is. Voorts wordt ook onderzocht welke voorzorgsmaatregelen er worden genomen door de verdragsluitende Staat om het risico op zelfmoord te voorkomen.<sup>512</sup> Waar een risico op zelfmoord bestaat maar door de overheid gepaste voorzorgsmaatregelen worden genomen om het risico te verminderen, zal het Hof niet snel oordelen dat er een reëel en dreigend risico bestaat op slechte behandeling.<sup>513</sup> Deze voorzorgsmaatregelen dienen te worden genomen in drie fasen tijdens het gedwongen verwijderingsproces. De eerste fase betreft die voorafgaand aan de verwijdering, waarin de vreemdeling wordt ingelicht over de geplande verwijdering. Passende voorzorgsmaatregelen kunnen dan bestaan uit een continue toezicht op de

---

<sup>509</sup> EHRM 7 juni 2010, nr. 21783/08, *Anam v. Verenigd Koninkrijk* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>510</sup> EHRM 10 november 2005, nr. 14492/03, *Paramsothy v. Nederland* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>511</sup> EHRM 20 januari 2004, nr. 76749/01, *Meho e.a. v. Nederland* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>512</sup> EHRM 4 juli 2006, nr. 24171/05, *Karim v. Zweden* (onontvankelijkheidsbeslissing): Het Hof stelde in casu vast dat de verzoeker nooit had getracht zelfmoord te plegen noch gedwongen was opgenomen in een psychiatrische instelling. Integendeel, de betrokkene had hulp en steun gevraagd wanneer het nodig was en bijgevolg toelating gekregen tot psychiatrische zorg voor korte perioden, meer bepaald telkens wanneer een negatieve beslissing inzake zijn aanvraag tot verblijf in Zweden werd genomen. Bovendien verzekerde Zweden dat de verwijdering pas zou worden uitgevoerd indien de medische toestand van de betrokkene het toeliet en dat tijdens de uitvoering van de verwijdering de geschikte maatregelen zouden worden genomen met betrekking tot de bijzondere noden van de betrokkene, zoals het charteren van een vliegtuig voorzien van medisch personeel en uitrusting.

<sup>513</sup> EHRM 10 april 2012, nr. 60286/09, *Balogun v. Verenigd Koninkrijk*, par. 32-34. Zie ook Europese Commissie Mensenrechten 7 december 1995, nr. 28285/95, *Nikovic v. Zweden* (onontvankelijkheidsbeslissing).

vreemdeling, wanneer deze wordt vastgehouden met het oog op verwijdering. De tweede fase betreft de uitvoering van de verwijdering zelf. Daarbij vormt het voorzien van aangepaste begeleiding tijdens de verwijdering een geschikte voorzorgsmaatregel. De laatste fase betreft de fase na de aankomst van de vreemdeling in zijn land van terugkeer. Daar is het van belang dat de verdragsluitende Staat het bestaan en de beschikbaarheid van een geschikte psychiatrische behandeling in het land van terugkeer heeft onderzocht en vastgesteld.

191. Zo boog het Hof zich in de zaak *Nacic* over de klacht van drie Roma uit Kosovo die door Zweden teruggestuurd zouden worden naar hun land van herkomst. Deze drie Roma voerden gezondheidsproblemen, in het bijzonder psychologische problemen, aan tegen de verwijdering. Het Hof stelde vast dat de medische getuigschriften grotendeels een beschrijving inhielden van hoe de verzoekers zich voelden maar verder geen melding maakten van een ziekte of aandoening, noch suggereerden dat deze verzoekers momenteel een psychiatrische of andere behandeling ondergingen. Het Hof oordeelde dat hun mentale gezondheidstoestand grotendeels verbonden was met de situatie waarin ze zich bevonden. Ze leefden immers in Zweden met het risico om verwijderd te worden uit dit land. In hoofde van één van deze drie Roma werd een medische diagnose gesteld van posttraumatisch stresssyndroom (PTSD) en ernstige depressie, maar hij leek verder een normaal leven te leiden. Het Hof besloot dat het risico op een verslechtering van de mentale gezondheidstoestand van deze persoon een speculatief risico uitmaakte en geen reëel en concreet risico. Het Hof stelde verder vast dat er geen elementen waren die aangaven dat de Staat niet, in de mate van het mogelijke, zou reageren op een concrete bedreiging, in het bijzonder een zelfmoordpoging. Noch zou de Staat een gedwongen verwijdering uitvoeren als het medisch onmogelijk zou zijn voor de verzoekers om naar hun land van herkomst te reizen.<sup>514</sup> Tenslotte stelde het Hof vast dat een medische behandeling beschikbaar is in Kosovo en Servië. Het feit dat de omstandigheden van de verzoekers minder gunstig zouden zijn dan de omstandigheden in Zweden, is niet doorslaggevend in het licht van artikel 3 EVRM.<sup>515</sup> In casu was er geen sprake van de vereiste uitzonderlijke omstandigheden.

Daarenboven hield het Hof rekening met de Roma-afkomst van de verzoekers. Het Hof nam akte van de verwijzingen van de verzoekers naar de algemene moeilijkheden voor Roma in Kosovo en Servië, inclusief hun toegang tot de gezondheidszorg. Het Hof oordeelde evenwel dat de algemene situatie in Kosovo en Servië niet voldoende was om te besluiten dat personen met een Roma-herkomst daar niet naartoe kunnen worden gestuurd. Het Hof onderzocht ook de persoonlijke situatie van de verzoekers. Het oordeelde dat er geen aanwijzingen waren dat de verzoekers zelf ooit het slachtoffer waren geweest van vervolging of discriminatie. Alle omstandigheden in acht genomen, vond het Hof niet aannemelijk dat de Roma-afkomst van de verzoekers tot gevolg zou hebben dat hun rechten onder het EVRM niet geëerbiedigd zouden worden bij een terugkeer naar Kosovo of Servië.<sup>516</sup>

192. In het kader van geestelijke aandoeningen wordt ook wel eens beroep gedaan op artikel 8 EVRM. Daarbij wordt dan geargumenteed dat de verwijdering naar het land van terugkeer, omwille van de geestelijke aandoening van de vreemdeling, een ernstig schadelijk effect zou hebben op het privéleven van de vreemdeling. Het zou een ernstig schadelijk effect hebben op zijn geestelijke en fysieke integriteit en dus een ongerechtvaardigde inmenging vormen in zijn privéleven. Volgens het Hof zal niet elke handeling of maatregel die nadelig uitvalt voor de geestelijke of fysieke integriteit, een ongerechtvaardigde inmenging vormen op het recht op de

---

<sup>514</sup> Zie in deze zin ook EHRM 13 oktober 2011, nr. 10611/09, *Husseini v. Zweden*, par. 92, m.b.t. een Afghaanse onderdaan die op basis van zijn mentale gezondheidstoestand, met name PTSD, zijn verwijdering aanvocht, alsook EHRM 20 oktober 2011, nr. 55643/09, *Samina v. Zweden*, par. 59.

<sup>515</sup> EHRM 15 mei 2012, nr. 16567/10, *Nacic e.a. v. Zweden*, par. 52-55.

<sup>516</sup> EHRM 15 mei 2012, nr. 16567/10, *Nacic e.a. v. Zweden*, par. 86.

eerbiediging van het privéleven, gewaarborgd door artikel 8 EVRM. Het Hof sluit echter niet uit dat een handeling die niet het niveau van hardheid bereikt dat wordt vereist onder artikel 3 EVRM, niettemin toch artikel 8 EVRM zou kunnen schenden, wanneer er voldoende nadelige effecten zijn op de fysieke en geestelijke integriteit.<sup>517</sup> 'Privéleven' is een breed begrip en niet onderhevig aan een exhaustieve definitie: elementen zoals genderidentificatie en seksuele oriëntatie maken belangrijke elementen uit van de persoonlijke levenssfeer zoals beschermd door artikel 8 EVRM. Geestelijke gezondheid moet ook worden aanzien als een cruciaal onderdeel van het privéleven en wordt verbonden met het aspect van geestelijke integriteit. Artikel 8 EVRM beschermt het recht op de identiteit en de persoonlijke ontwikkeling en het recht om relaties met andere mensen en de buitenwereld aan te gaan en te ontwikkelen. Het behoud van geestelijke stabiliteit en gezondheid is in dat kader een onontbeerlijke voorwaarde voor een effectief genot van het recht op de eerbiediging van het privéleven.<sup>518</sup> In de zaak *Bensaid* oordeelde het Hof echter dat het niet was bewezen dat de geestelijke integriteit van de Algerijn in kwestie, die leed aan schizofrenie en psychotische stoornissen, bij terugkeer in zijn land van herkomst zodanig zou worden getroffen om binnen de draagwijdte van artikel 8 EVRM te vallen. Zelfs als men zou aannemen dat de ontwrichting, veroorzaakt door de verwijdering van de vreemdeling naar het land van herkomst, een nadelig effect zou hebben op zijn privéleven, dan nog kan worden overwogen dat deze inmenging wettelijk, noodzakelijk en proportioneel is, aldus het Hof. Het Hof weerhield geen schending van artikel 8 EVRM.<sup>519</sup>

193. Tenslotte dient ook nog verwezen te worden naar de bijzondere zaak *Aswat*, waarin het Hof voor het eerst oordeelde dat de uitlevering van een vreemdeling met een mentale ziekte in dat individuele geval een schending uitmaakte van artikel 3 EVRM. In casu betrof deze zaak een vreemdeling die werd vastgehouden in het Verenigd Koninkrijk en waarvan de Verenigde Staten om zijn uitlevering verzochten. Hij werd beschuldigd van medeplichtigheid aan een samenzwering om een jihad-trainingskamp op te zetten in Oregon. De vreemdeling tekende beroep aan tegen zijn uitlevering, wat dat door het High Court van het Verenigd Koninkrijk werd verworpen in 2007. Een diagnose van paranoïde schizofrenie werd vastgesteld en de vreemdeling verblijft sinds 2008 in een psychiatrisch ziekenhuis. De medische rapporten tonen aan dat zijn gezondheidstoestand een hospitalisatie noodzaakt. De vreemdeling argumenteerde voor het Hof dat hij door een uitlevering aan de Verenigde Staten zou worden blootgesteld aan een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM omwille van de lengte van de waarschijnlijke voorlopige vasthouding en het risico op vasthouding in een gevangenis van maximale veiligheid, met name ADX Florida, gecombineerd met een regime van isolatie. Deze zaak werd door het Hof apart behandeld van de zaak *Babar Ahmad*, hoewel ze ermee verbonden was<sup>520</sup> en dit omwille van de specifieke medische context van de vreemdeling.<sup>521</sup>

In eerste instantie verwees het Hof naar beginselen uit zijn rechtspraak die betrekking hebben op de vasthouding van personen met geestelijke gezondheidszorgen. De vasthouding van een persoon en het gebrek aan geschikte medische zorg kan aanleiding geven tot een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM. In de beoordeling of bepaalde omstandigheden van vasthouding onverenigbaar zijn met de standaarden van artikel 3 EVRM, in het geval van geestelijke

---

<sup>517</sup> EHRM 6 februari 2001, nr. 44599/98, *Bensaid v. Verenigd Koninkrijk*, par. 46.

<sup>518</sup> EHRM 6 februari 2001, nr. 44599/98, *Bensaid v. Verenigd Koninkrijk*, par. 47.

<sup>519</sup> EHRM 6 februari 2001, nr. 44599/98, *Bensaid v. Verenigd Koninkrijk*, par. 48. Zie ook EHRM 9 januari 2001, nr. 38707/97, *Sahli v. België*: Deze zaak kende een minnelijke schikking en werd geschrapt; EHRM 10 november 2005, nr. 14492/03, *Paramsothy v. Nederland* (onontvankelijkheidsbeslissing); EHRM 17 februari 2009, nr. 27319/07, *Onur v. Verenigd Koninkrijk*, par. 60: Hoewel de vreemdeling leed aan allerlei milde aandoeningen, vond het Hof geen bewijs dat hij geen behandeling of begeleiding kon verkrijgen in Turkije; EHRM 8 april 2008, nr. 2187/06, *Nnyanzi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 77.

<sup>520</sup> EHRM 10 april 2011, nrs. 24027/07, 11949/08, 66911/09 en 67354/09, *Babar Ahmad e.a. v. Verenigd Koninkrijk* (de zgn. Abu Hamza-zaak), *supra* noot 375.

<sup>521</sup> EHRM 16 april 2013, nr. 17299/12, *Aswat v. Verenigd Koninkrijk*, par. 9.

gezondheidsproblemen, dient rekening te worden gehouden met de kwetsbaarheid en de onmogelijkheid, in sommige gevallen, van personen met geestelijke aandoeningen om op coherente wijze aan te klagen hoe zij worden geraakt door een bepaalde behandeling. Het gevoel van inferioriteit en machteloosheid dat kenmerkend is voor personen die lijden aan geestelijke aandoeningen, noodzaakt een verhoogde waakzaamheid in casu. Wat betreft de verenigbaarheid van de geestelijke gezondheid van een persoon met een situatie van vasthouding, dienen drie specifieke elementen te worden beoordeeld: (a) de medische toestand van de gevangene, (b) de geschiktheid van de medische bijstand en zorg beschikbaar in de gevangenis, en (c) de raadzaamheid van het handhaven van een vasthoudingsmaatregel in het licht van de gezondheidstoestand van een persoon.<sup>522</sup>

In casu oordeelde het Hof dat de uitlevering op aanzienlijke wijze de gezondheidstoestand van de desbetreffende vreemdeling zou verslechteren. Het Hof toonde zich ongerust over het lot van de vreemdeling in de Verenigde Staten. Het Hof stelde dat: *“Whether or not the applicant’s extradition to the United States would breach Article 3 of the Convention very much depends upon the conditions in which he would be detained and the medical services that would be made available to him there. However, any assessment of those detention conditions is hindered by the fact that it cannot be said with any certainty in which detention facility or facilities the applicant would be housed, either before or after trial.”*<sup>523</sup> Hoewel de omstandigheden van vasthouding in ADX Florida op zich geen schending inhouden van artikel 3 EVRM, en hoewel daar de psychologische zorgen beschikbaar zijn, was er geen garantie dat hij niet terecht zou komen in ADX Florida, waar hij immers zou kunnen worden onderworpen aan een regime van isolatie, noch een indicatie omtrent de tijdsduur die hij in die gevangenis zou doorbrengen. Er was ook weinig informatie over de situatie van de vreemdeling in afwachting van zijn proces, met name over de duur van de voorlopige vasthouding, noch was er informatie over de mogelijkheden en gevolgen van een eventuele verklaring inzake ontoerekeningsvatbaarheid. Het Hof merkte ook op dat: *“However, the mental disorder suffered by the present applicant was of sufficient severity to necessitate his transfer from HMP Long Lartin to a high-security psychiatric hospital and the medical evidence (...) clearly indicated that it continued to be appropriate for him to remain there “for his own health and safety”.*”<sup>524</sup>

In het licht van de inherente kwetsbaarheid van personen met geestelijke gezondheidsproblemen, wees het Hof op de ernst van het onderliggend geestelijk gezondheidsprobleem, in combinatie met de vraag om uitlevering naar een land waar de vreemdeling geen banden heeft, waar hij zal worden vastgehouden en waar hij geen steun zal hebben van familie of vrienden. Na een beoordeling van het geheel van de omstandigheden die deze zaak kenmerken, oordeelde het Hof dat *“Therefore, in light of the current medical evidence, the Court finds that there is a real risk that the applicant’s extradition to a different country and to a different, and potentially more hostile, prison environment would result in a significant deterioration in his mental and physical health and that such a deterioration would be capable of reaching the Article 3 threshold.”*<sup>525</sup>

---

<sup>522</sup> EHRM 16 april 2013, nr. 17299/12, *Aswat v. Verenigd Koninkrijk*, par. 50 en de verwijzingen daarin naar relevante rechtspraak van het Hof.

<sup>523</sup> EHRM 16 april 2013, nr. 17299/12, *Aswat v. Verenigd Koninkrijk*, par. 52.

<sup>524</sup> EHRM 16 april 2013, nr. 17299/12, *Aswat v. Verenigd Koninkrijk*, par. 55.

<sup>525</sup> EHRM 16 april 2013, nr. 17299/12, *Aswat v. Verenigd Koninkrijk*, par. 51-57. Zie ook N. HERVIEU, “L’esquisse européenne d’un principe de précaution face aux expulsions de personnes affectées de troubles mentaux”, in *Lettre “Actualités Droits-Libertés” du CREDOF*, 18 april 2013 en J. PETIN, “Extradition et troubles mentaux : la prise en compte croissante de la vulnérabilité par la Cour européenne des droits de l’Homme”, *GDR-ELSJ*, 23 april 2013 voor een bespreking van dit arrest en verdere relevante rechtspraak.

194. Hoewel het Hof reeds eerder in interne zaken de vasthouding van zieke personen heeft veroordeeld wegens een schending van artikel 3 EVRM<sup>526</sup>, is het eerste keer dat het Hof in het kader van een externe zaak, met name de uitlevering van een geestelijk zieke persoon, een schending vaststelt van het non-refoulementbeginsel zoals afgeleid uit artikel 3 EVRM.

Het is evenwel opvallend dat het Hof in deze zaak geen enkele verwijzing maakt naar zijn contentieux inzake de verwijdering van zieke vreemdelingen en artikel 3 EVRM, zoals hierboven besproken, noch naar de hoge drempel die daar wordt gehanteerd, met name de noodzaak aan *“zeer uitzonderlijke omstandigheden waarbij de humanitaire redenen die pleiten tegen verwijdering klemmend zijn”*. In die zin is de zaak *Aswat* dan ook atypisch in vergelijking met zaken zoals *N. of D.*, maar ook in lijn met wat het Hof eerder in de zaak *Pretty* stelde, met name dat: *“The suffering which flows from naturally occurring illness, physical or mental, may be covered by Article 3, where it is, or risks being, exacerbated by treatment, whether flowing from conditions of detention, expulsion or other measures, for which the authorities can be held responsible.”*<sup>527</sup>

SAROLEA wijst terecht op de verschillende uitkomsten van de zaak *Aswat*, enerzijds, en de zaak *Bensaid*, anderzijds, hoewel er in beide gevallen sprake is van dezelfde ernstige geestelijke aandoening, met name paranoïde schizofrenie.<sup>528</sup> Dit onderscheid vloeit voort uit het gegeven dat in de zaak *Aswat* de uitlevering en vasthouding (zowel voor, tijdens als na het proces) van de vreemdeling op onmiskenbare wijze determinerende elementen vormen, elementen waarvan geen sprake was in de zaak *Bensaid*. De vasthouding en de onzekerheid omtrent de plaats, duur en omstandigheden van vasthouding, in het bijzonder de toegang tot de geschikte medische zorgen in de gevangenis, werden als een verzwarend element in rekening gebracht. Bovendien benadrukte het Hof de inherente kwetsbaarheid van een persoon met een geestelijke aandoening die zich in detentie bevindt, alsook de isolatie van de betrokken vreemdeling als gevolg van de uitlevering aan een land ander dan het Verenigd Koninkrijk (of zijn land van herkomst), waar hij zich zou bevinden in een vijandige omgeving zonder steun van familie en vrienden. Al deze elementen brachten het Hof tot de conclusie dat de uitlevering zou resulteren in een aanzienlijke verergering van de geestelijke gezondheidstoestand die aanleiding zou kunnen geven tot een schending van artikel 3 EVRM.

Voor het hanteren van *“een aanzienlijke verergering van de geestelijke gezondheidstoestand”* als drempel voor het vaststellen van een schending van artikel 3 EVRM, baseert het Hof zich wel op de zaak *Bensaid*, waar het Hof eerder te kennen gaf dat wanneer een verwijdering gepaard gaat met een terugval en daarbij horende symptomen zoals hallucinaties en psychotische waanbeelden (die kunnen leiden tot zelfmutilatie en schade aan anderen), alsook beperkingen in de sociale omgang, dit aanleiding kan geven tot een lijden dat valt binnen de werkingssfeer van artikel 3 EVRM.<sup>529</sup> De nodige voorzichtigheid is dus geboden alvorens de bevindingen van het Hof in de zaak *Aswat* te veralgemenen naar het contentieux van het Hof inzake de verwijdering van zieke vreemdelingen.

---

<sup>526</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM 5 maart 2013, nr. 44084/10, *Gülay Cetin v. Turkije*, par. 126-133.

<sup>527</sup> EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02, *Pretty v. Verenigd Koninkrijk*, par. 52.

<sup>528</sup> S. SAROLEA, “Pas d’extradition vers les États-Unis d’une personne atteinte de graves troubles mentaux”, *Newsletter EDEM*, avril 2013, 13.

<sup>529</sup> EHRM 6 februari 2001, nr. 44599/98, *Bensaid v. Verenigd Koninkrijk*, par. 37.

### *i.3. Ernstig zieke vreemdelingen en precare leefomstandigheden in het land van herkomst of terugkeer*

195. In de zaak *S.H.H.* boog het Hof zich over de situatie van een Afghaanse verzoeker die, nadat zijn asielaanvraag in het Verenigd Koninkrijk was afgewezen, op het punt stond te worden verwijderd naar zijn land van herkomst. Deze Afghaanse verzoeker was na een raketaanval in zijn land van herkomst ernstig gewond en gehandicapt geraakt. Hij verzette zich tegen zijn verwijdering naar Afghanistan omdat hij omwille van zijn handicap en een gebrek aan familiale steun en zorg in zijn land van herkomst, vreesde blootgesteld te worden aan discriminatie en leefomstandigheden strijdig met artikel 3 EVRM. Hoewel de handicap van de verzoeker niet kan worden beschouwd als een ‘natuurlijk’ voorkomende ziekte en bovendien geen medische behandeling (meer) vereist is voor deze handicap, meende het Hof dat de gevreesde schade (*‘future harm’*) niettemin zou voortvloeien uit een gebrek aan voldoende overheidsmiddelen in het land van herkomst om bepaalde medische zorgen en welzijnsvoorzieningen ter beschikking te stellen, alsook bepaalde leefomstandigheden te garanderen, eerder dan uit opzettelijke daden of nalatigheden vanwege de Afghaanse overheden.

Het Hof onderzocht daarom of er in casu sprake was van zeer uitzonderlijke omstandigheden waar de humanitaire gronden die pleiten tegen verwijdering klemmend zijn. Het Hof ontkende niet dat de leefomstandigheden van de verzoeker op voorzienbare wijze achteruit zouden gaan bij een terugkeer naar Afghanistan. Hoewel het Hof ten volle rekening hield met de ernstige moeilijkheden waarmee gehandicapte personen in Afghanistan worden geconfronteerd, zoals discriminatie, een gebrek aan tewerkstellingsmogelijkheden en een schaarste aan medische en sociale dienstverlening, vond het Hof het gegeven dat de verzoeker nog familie had in Afghanistan zeer zeker relevant. Het Hof stelde echter vast dat de verzoeker nooit enige concrete reden had opgegeven waarom hij niet in staat zou zijn om contact op te nemen met zijn familie in Afghanistan noch waarom hij hen niet om enige vorm van steun of bijstand zou kunnen vragen. Aangezien de verzoeker in gebreke bleef om te bewijzen dat dit niet mogelijk zou zijn, was het Hof niet in staat om zijn bewering dat hij geheel behoeftig zou blijven wegens een totaal gebrek aan steun in Afghanistan, te aanvaarden.

Daarenboven stelde het Hof vast dat de verzoeker zowel medische behandeling als steun had genoten in Afghanistan gedurende vier jaar na de raketaanval. Er kon niet worden vastgesteld dat de handicap van de verzoeker verergerd was noch dat hij bij terugkeer niet terug een beroep zou kunnen doen op dezelfde zorg die hij reeds genoten had in Afghanistan. Hoewel de levenskwaliteit van de verzoeker reeds ernstig verminderd was door zijn handicap en ongetwijfeld negatief zou worden aangetast door zijn verwijdering uit het Verenigd Koninkrijk naar Afghanistan, is dit feit alleen, volgens het Hof, niet doorslaggevend. In conclusie kon het Hof geen zeer uitzonderlijke omstandigheden vaststellen en besloot het Hof derhalve dat een gedwongen verwijdering van de verzoeker naar Afghanistan in casu geen aanleiding gaf tot een schending van artikel 3 EVRM.<sup>530</sup>

---

<sup>530</sup> EHRM 29 januari 2013, nr. 60367, *S.H.H. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 93-95.



ii) De tweede situatie: de socio-economische behandeling of humanitaire omstandigheden zijn het gevolg van handelingen of nalatigheden door overheidsactoren of niet-overheidsactoren

196. Sommige nadelige socio-economische situaties of humanitaire omstandigheden kunnen echter ook het gevolg zijn van rechtstreekse daden of nalatigheden door overheidsactoren en niet-overheidsactoren.

197. Het kan voorkomen dat socio-economische rechten in het land van terugkeer maar beperkt of helemaal niet toegankelijk zijn, al dan niet ten gevolge van discriminatie. Het gaat bijvoorbeeld om het recht op huisvesting, gezondheidszorg, onderwijs, tewerkstelling en voedsel of om een algemeen gebrek aan overlevingsmiddelen. Het Hof beschouwt dit, bij de beoordeling van een verwijderingsmaatregel in het licht van artikel 3 EVRM, veelal als een cumulatief en/of verzwarend element.<sup>531</sup> Er zijn ook echter situaties waar een socio-economische behandeling of humanitaire behandeling door actoren op zich volstaat om een schending van artikel 3 EVRM vast te stellen.

ii.1. *De toepassing van de Dublin II-verordening: falende asielstelsels, vernederende omstandigheden van vasthouding en precaire leefomstandigheden in EU-landen van overname of terugname*

198. In de zaak *M.S.S.* oordeelde het Hof dat het willens en wetens terugsturen van een asielzoeker door België op basis van de Dublin II-verordening, waarvan de asielaanvraag nog niet was onderzocht door de Griekse overheden, naar onaanvaardbare omstandigheden van

---

<sup>531</sup> Zie EHRM 6 maart 2001, nr. 45276/99, *Hilal v. Verenigd Koninkrijk*, par. 67, waar het Hof in zijn beoordeling ook verwijst naar het feit dat “Conditions in the prisons on the mainland are described as inhuman and degrading, with inadequate food and medical treatment leading to life-threatening conditions.” In EHRM 2 mei 1997, nr. 30240/96, *D v. Verenigd Koninkrijk*, par. 52, werd de dakloosheid van de verzoeker als cumulatief element mee in rekening gebracht in de vaststelling van “zeer uitzonderlijke omstandigheden”. In EHRM 15 juni 2010, nr. 19956/06, *S.H. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 70, stelde het Hof dat naast het feit dat de verzoeker een risico liep op slechte behandeling bij terugkeer in Bhutan als gefaalde asielzoeker en als iemand die zich publiekelijk had uitgesproken tegen de Bhutaneese overheden, ook nog rekening gehouden moest worden met de discriminerende behandeling van etnische Nepalezen in Bhutan. Raciale discriminatie kan een verzwarende factor zijn in de beoordeling van een behandeling in strijd is met art. 3 EVRM. Het Hof onderlijnde: “The country information reports indicate that the ethnic Nepalese in Bhutan are required to obtain Non-Objection Certificates in order to access essential services, such as healthcare, education and employment. There are also restrictions on their freedom of assembly, freedom of association and their freedom of movement. Moreover, a significant number of ethnic Nepalese have been declared non-nationals and over 100,000 have been forced into exile. Amnesty International has expressed concerns that the sustained and cumulative discrimination against the ethnic Nepalese in southern Bhutan could amount to persecution and severe risk to the right to life. Ms Carnegie also asserted that this group suffered severe and sustained discrimination amounting to persecution.” Omdat Bhutan een gesloten land is waarover weinig informatie bestaat m.b.t. de mensenrechtensituatie en er geen bewijs is dat de positie van etnische Nepalezen is verbeterd in Bhutan na de aanneming van de grondwet, en omdat de experts niet in staat zijn precies te voorspellen wat er zal gebeuren bij terugkeer, besloot het Hof dat er voldoende gronden waren om te besluiten dat er, alle elementen samengenomen, een reëel risico op slechte behandeling was bij terugkeer. In EHRM 20 juli 2010, nr. 23505/09, *N. v. Zweden*, par. 60, oordeelde het Hof dat de verzoekster, als mogelijk alleenstaande vrouw, m.n. als gescheiden vrouw, in Afghanistan het slachtoffer zou zijn van sociale uitsluiting en verstoting en discriminatie. Het Hof vervolgde: “Women without male support and protection generally lack the means of survival, given the social restrictions on women living alone, including the limitations on their freedom of movement.” Omwille van verschillende cumulatieve elementen oordeelde het Hof dat er een reëel risico op slechte behandeling bestond bij terugkeer. Met name oordeelde het Hof dat hoewel de mensenrechtensituatie in Afghanistan zorgwekkend is, dit op zich geen aanleiding geeft tot een schending van art. 3 EVRM. Rekening houdend echter met de persoonlijke situatie van de verzoekster, stelde het Hof vast dat Afghaanse vrouwen, waarvan wordt aangenomen dat ze zich niet houden aan hun traditionele rol toegekend door hun gemeenschap, traditie of wettelijk systeem, een bijzonder verhoogd risico lopen op een slechte behandeling. Dit geldt zeker voor de groep van de zgn. ‘verwesterde Afghaanse vrouwen’, met name vrouwen die terugkeren uit Europa. Het enkele feit dat de verzoekster in Zweden heeft geleefd, kan reeds aanleiding geven tot slechte behandeling. Het feit dat verzoekster wilde scheiden van haar man, kan ernstige levensbedreigende gevolgen hebben bij terugkeer. Het Hof verwees tenslotte ook nog naar de algemene sombere situatie van Afghaanse vrouwen op zich, waar 80% slachtoffer is van huiselijk geweld.

vasthouding<sup>532</sup> en naar een situatie van extreme armoede, aanleiding geeft tot een vernederende behandeling in strijd met artikel 3 EVRM. De verwijdering van de verzoeker naar leefomstandigheden waar hij in de onmogelijkheid is om in elementaire levensbehoeften, zoals voedsel, hygiëne en huisvesting, te voorzien, zonder enig perspectief op verbetering, was strijdig met het non-refoulementbeginsel onder artikel 3 EVRM.<sup>533</sup>

De zaak *M.S.S.* vormt echter geen vrijbrief om elke terug- of overname onder de Dublin II-verordening aan te vechten. Het Hof heeft herhaaldelijk bevestigd dat het enkele feit dat een vreemdeling moet terugkeren naar een land waar zijn economische positie slechter is, niet voldoende is om de vereiste drempel van 'hardheid' in artikel 3 EVRM dan te bereiken. Artikel 3 EVRM kan niet worden geïnterpreteerd als een algemene bepaling voor de verdragsluitende Staten om iedereen die zich onder hun rechtsmacht bevindt te voorzien van een financiële bijstand zodat een zekere levensstandaard kan worden behouden. Vreemdelingen kunnen ook geen beroep doen op artikel 3 EVRM om op het grondgebied te blijven zodat ze kunnen blijven genieten van medische, sociale of andere vormen van bijstand en dienstverlening.<sup>534</sup>

199. In de zaak *Mohammed Hussein* betoogde een Somalische asielzoekster dat zij en haar twee jonge kinderen zouden worden onderworpen aan een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM, indien ze onder de Dublin II-verordening door Nederland zouden worden overgedragen aan Italië.<sup>535</sup> De asielzoekster verkreeg een schorsing van haar verwijdering in afwachting van de beslissing van het Hof (de zgn. '*rule 39 interim measure*').

De verzoekster diende in augustus 2008 een asielaanvraag in bij de Italiaanse overheden. In januari 2009 werd aan haar de subsidiaire bescherming toegekend en verkreeg zij een verblijfsvergunning geldig voor een termijn van drie jaar. In mei 2009 verliet ze Italië en diende ze een asielaanvraag in bij de Nederlandse overheden, die evenwel werd verworpen door Nederland aangezien het aan de Italiaanse overheden toekomt om haar asielaanvraag te behandelen onder de Dublin II-verordening. De verzoekster betoogde dat een verwijdering naar Italië een schending zou inhouden van artikel 3 EVRM wegens een gebrek aan opvang, levensonderhoud, medische bijstand of ziekteverzekering. Ze stelde dat zij en haar kinderen gedwongen zouden worden om op straat te leven of ze zouden van elkaar worden gescheiden, waarbij de kinderen in een tehuis zouden worden geplaatst. Voorts voerde de verzoekster aan dat zij en haar kinderen een risico zouden lopen op refoulement door Italië naar Somalie zonder een behoorlijk onderzoek van haar asielaanvraag. De verzoekster klaagde ook aan dat zij gedurende haar verblijf in Italië onderworpen was geweest aan een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM, daar haar niet de mogelijkheid werd geboden om een asielaanvraag in te dienen, zodat ook geen onderzoek naar haar nood aan bescherming had plaatsgevonden en dat zij gedwongen was geweest om op straat te leven.

Het Hof herinnerde eraan dat de beoordeling van het risico voornamelijk oog moet hebben voor de voorzienbare gevolgen van de verwijdering, waarbij rekening wordt gehouden met de algemene situatie in het land van terugkeer en de individuele omstandigheden die verzoeksters geval kenmerken. Het Hof wees erop dat een vermindering in economische positie of een beperking van de materiële en sociale leefomstandigheden door verwijdering

---

<sup>532</sup> EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. Griekenland en België*, par. 223 e.v.

<sup>533</sup> EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. Griekenland en België*, par. 367. Zie C. DUBOIS-HAMDI, "La protection des demandeurs d'asile via la Cour européenne des droits de l'homme: M.S.S. et après", *J.T.* 2012, 624-625.

<sup>534</sup> EHRM 2 april 2013, nr. 27725/10, *Samsam Mohammed Hussein e.a. Nederland en Italië* (ontvankelijkheidsbeslissing), par. 70-71.

<sup>535</sup> EHRM 2 april 2013, nr. 27725/10, *Samsam Mohammed Hussein e.a. Nederland en Italië* (ontvankelijkheidsbeslissing).

naar een ander land op zich niet voldoende zijn om een schending van artikel 3 EVRM vast te stellen, tenzij in zeer uitzonderlijke omstandigheden waar de humanitaire redenen die pleiten tegen verwijdering klemmend zijn. Het Hof merkte op dat de verzoekster, in tegenstelling tot de zaak *M.S.S.*, onmiddellijk opvang, medische bijstand en zorg was aangeboden in een onthaalcentrum in Italië, dat ze wel een asielaanvraag had ingediend en dat deze was onderzocht, dat haar de subsidiaire beschermingsstatus was toegekend alsook een verblijfsvergunning geldig voor een termijn van drie jaar. Het Hof vond geen aanwijzingen terug in het dossier waaruit bleek dat de verzoekster, na de toekenning van subsidiaire bescherming en verblijf, ooit bijstand had gezocht om werk te vinden of op zoek was gegaan naar andere accommodatie dan het onthaalcentrum dat zij diende verlaten, hoewel zij als toenmalige zwangere vrouw en dus kwetsbare persoon bij prioriteit in aanmerking kwam voor een opvangplaats in een centrum voor erkende vluchtelingen. Door deze omstandigheden oordeelde het Hof dat niet was aangetoond dat de behandeling van de verzoekster, hetzij als asielzoekster, hetzij als vreemdeling aan wie subsidiaire bescherming werd toegekend door Italië, het minimumniveau van hardheid had bereikt die vereist is om een schending van artikel 3 EVRM vast te stellen. Gezien het feit dat de Italiaanse verblijfsvergunning van de verzoekster echter ondertussen vervallen was, onderzocht het Hof vervolgens of de eventuele verwijdering van de verzoekster naar Italië aanleiding zou kunnen geven tot een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM, rekening houdend met haar situatie als asielzoekster en aldus als lid van een bijzonder ondergeprivilegieerde en kwetsbare groep met nood aan bijzondere bescherming.

Het Hof wees erop dat de Nederlandse overheden tijdig de Italiaanse overheden op de hoogte zouden brengen van de overdracht van de verzoekster, zodat haar aankomst kon worden voorbereid. Hoewel de verzoekster een procedure zou moeten starten om haar verblijfsvergunning te vernieuwen, merkte het Hof op dat de daarbij horende onkosten zouden worden gedragen door de Italiaanse overheid. Daarenboven zou de verzoekster als alleenstaande moeder met twee minderjarige kinderen, waardoor zij onder de Italiaanse wetgeving als kwetsbare persoon wordt beschouwd, opnieuw kunnen genieten van opvangfaciliteiten. Wat betreft de algemene situatie en de leefomstandigheden voor asielzoekers in Italië, verwees het Hof naar rapporten opgesteld door internationale organisaties en NGO's, waaruit blijkt dat, hoewel er bepaalde tekortkomingen zijn, er geen sprake is van een systematisch of systemisch falen om opvang, bijstand en steun te bieden aan asielzoekers, erkende vluchtelingen en vreemdelingen aan wie humanitaire bescherming werd toegekend in hun hoedanigheid als leden van een bijzonder kwetsbare groep, wat in de zaak *M.S.S.* wel het geval was. Uit de rapporten bleek bovendien dat er recent verbeteringen zijn gebeurd met het doel om bepaalde gebreken te remediëren. Het Hof gaf bijzondere aandacht aan het feit dat de asielaanvraag van de verzoekster op enkele maanden tijd behandeld was geweest in Italië en dat haar onmiddellijk opvang, medische zorg en andere faciliteiten was aangeboden. Aldus besloot het Hof: *“Against this background, the Court considers that the applicant has not shown that her future prospects if returned to Italy, whether taken from a material, physical or psychological perspective, disclose a sufficiently real and imminent risk of hardship severe enough to fall within the scope of Article 3. There is no basis on which it can be assumed that the applicant will not be able to benefit from the available resources in Italy or that, if she encountered difficulties, the Italian authorities would not respond in an appropriate manner to any request for further assistance.”* Het Hof kwam tot gelijkaardige conclusies in andere zaken waarbij de Dublintransfer naar Italië werd aangevochten.<sup>536</sup>

---

<sup>536</sup> EHRM 4 juni 2013, nr. 6198/12, *Daytbegova en Magomedova v. Oostenrijk* (ontvankelijkheidsbeslissing) m.b.t. een asielzoeker met ernstige psychologische problemen; EHRM 18 juni 2013, nr. 53852/11, *Halimi v. Oostenrijk en Italië* (ontvankelijkheidsbeslissing); EHRM 18 juni 2013, nr. 73874/11, *Abubeker v. Oostenrijk en Italië*

200. In de zaak *Mohammed* onderzocht het Hof in 2013 of de overdracht van een Soedanese asielzoeker door Oostenrijk aan Hongarije, een schending uitmaakte van artikel 3 EVRM, met name wat betreft de omstandigheden van detentie en opvang. Het Hof merkte op dat er in 2010 en 2011 melding geweest was van ernstige hygiënische tekortkomingen in één van de gesloten centra voor asielzoekers, van geweld dat werd gebruikt door de bewakers en van kalmeringsmiddelen die werden toebedeeld aan asielzoekers. Voorts stelde de Raad vast dat asielzoekers die werden overgedragen aan Hongarije onder de Dublin II-verordening, bij aankomst terug een asielaanvraag moesten indienen. Deze nieuwe asielaanvraag werd behandeld als een herhaalde asielaanvraag zonder schorsend effect. Samen met het gegeven dat er bijna automatisch een bevel om het grondgebied te verlaten werd afgegeven bij binnenkomst, resulteerde dit in een reëel risico op refoulement waarbij de overgedragen asielzoeker geen daadwerkelijke toegang had tot een onderzoek van de onderliggende gronden van zijn asielaanvraag. Niettemin noteerde het Hof dat UNHCR nooit aan de EU-lidstaten heeft gevraagd om de Dublin II-verordening t.a.v. Hongarije niet meer toe te passen. Bovendien blijkt uit een recente nota dat UNHCR warm reageerde op een pakket wetswijzigingen aangenomen door het Hongaars Parlement, waardoor overgedragen asielzoekers die onmiddellijk asiel aanvragen in Hongarije niet langer worden vastgehouden. Voorts worden bijkomende waarborgen voorzien inzake opsluiting en worden maatregelen genomen om een ongehinderde toegang te verzekeren tot de basisbenodigdheden. In die omstandigheden, met name de geplande wetswijzigingen, oordeelde het Hof dat de verzoeker niet langer zou worden blootgesteld aan een reëel en individueel risico op een schending van artikel 3 EVRM.<sup>537</sup> Ondanks de vaag geformuleerde gronden waarop vasthouding kan plaats hebben en het gebrek aan een rechtsmiddel tegen vasthouding, bevestigde het Hof in 2014 deze rechtspraak. Daarbij wees het Hof op verbeteringen in de gesloten centra, het gegeven dat asielzoekers niet langer automatisch worden vastgehouden, de bij wet voorziene alternatieven voor vasthouding en de maximum periode voor vasthouding van zes maanden. Het Hof voegde er aan toe dat zgn. Dublin-terugkeerders, wiens asielaanvraag nog niet was onderzocht, bij overdracht aan Hongarije de mogelijkheid hebben om een nieuwe asielaanvraag in te dienen met toegang tot een volledig onderzoek van hun asielaanvraag.<sup>538</sup>

201. In de zaak *Tarakhel* onderzocht het Hof, naar aanleiding van een betwiste Dublin-overdracht van Zwitserland naar Italië, de specifieke situatie van een Afghaans gezin met minderjarige kinderen in het licht van de algemene situatie in Italië met betrekking tot de opvang van asielzoekers.<sup>539</sup> Om een schending van artikel 3 EVRM vast te stellen moeten de opvangomstandigheden een minimumniveau aan hardheid bereiken maar de beoordeling van dit minimumniveau is relatief en afhankelijk van de omstandigheden van de zaak. In dit kader wijst het Hof er nogmaals op dat asielzoekers een bijzonder ondergeprivilegieerde en kwetsbare groep zijn die bijzondere bescherming vereisen. Deze vereiste van bijzondere bescherming is des te meer aanwezig wanneer er kinderen betrokken zijn en dit omwille van hun specifieke noden en extreme kwetsbaarheid, ook al worden de kinderen begeleid door hun ouders. De extreme kwetsbaarheid van kinderen is een determinerende overweging ('*decisive factor*') en heeft voorrang op enige andere overweging met betrekking tot de illegale verblijfsstatus van de betrokken vreemdeling.<sup>540</sup> Deze specifieke noden houden in het bijzonder verband met hun leeftijd en hun gebrek aan onafhankelijkheid. Het Hof verwijst naar het VN Kinderrechtenverdrag dat Staten aanmoedigt om passende maatregelen te

---

(ontvankelijkheidsbeslissing); EHRM 27 augustus 2013, nr. 40524/10, *Mohammed Hassan v. Nederland* (ontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>537</sup> EHRM 6 juni 2013, nr. 2283/12, *Mohammed v. Oostenrijk*, par. 91-106.

<sup>538</sup> EHRM 3 juli 2014, nr. 71392/12, *Mohammadi v. Oostenrijk*.

<sup>539</sup> EHRM 4 november 2014, nr. 29217/12, *Tarakhel v. Zwitserland*, par. 116 e.v.

<sup>540</sup> EHRM 12 oktober 2006, nr. 13718/03, *Mubanzila Mayeka en Kaninku Mitunga v. België*, par. 55 en EHRM 19 januari 2012, nr. 39472/07 en 39474/07, *Popov v. Verenigd Koninkrijk*, par. 91.

nemen opdat een kind dat asiel zoekt, bescherming en humanitaire bijstand geniet ongeacht of het al dan niet begeleid is door de ouders.<sup>541</sup>

Aldus moeten, volgens het Hof, de opvangomstandigheden voor minderjarige asielzoekers aangepast zijn aan hun leeftijd zodat wordt gegarandeerd dat die omstandigheden geen situatie van stress en angst creëren voor deze kinderen, met bijzonder traumatische gevolgen.<sup>542</sup> In zulk geval, zouden de opvangomstandigheden het minimumniveau van hardheid bereiken dat leidt tot een schending van artikel 3 EVRM.<sup>543</sup>

Hoewel de opvangomstandigheden voor asielzoekers in Italië niet vergelijkbaar zijn met de schrijnende opvangomstandigheden in Griekenland en dus niet voldoende ernstig is om alle overdrachten naar Italië te schorsen, meent het Hof op basis van de beschikbare informatie dat er ernstige twijfels zijn over de huidige capaciteit van het Italiaanse opvangsysteem. De mogelijkheid dat een betekenisvol aantal asielzoekers, bij overdracht aan Italië, zonder opvang komt te staan of wordt opgevangen in overbevolkte voorzieningen zonder enige privacy of zelfs in ongezonde of gewelddadige omstandigheden, kan niet zomaar worden afgewezen als ongegrond.<sup>544</sup> Vervolgens oordeelde het EHRM dat, in het kader van deze algemene problematiek van opvangcapaciteit, een aantal concrete waarborgen moet worden bekomen over de opvang van minderjarige asielzoekende kinderen, ongeacht of zij begeleid worden door hun ouders. Het is aan de Zwitserse overheden om de nodige waarborgen van de Italiaanse overheden te verkrijgen dat bij aankomst in Italië dit Afgaans gezin zal worden opgevangen in voorzieningen en omstandigheden aangepast aan de leeftijd van de kinderen, en dat de familie bijeen zal kunnen blijven.

Hoewel de Italiaanse overheid heeft aangegeven dat gezinnen met kinderen als een bijzonder kwetsbare categorie worden beschouwd en normaal worden opgevangen in het SPRAR netwerk, met waarborgen van opvang, voedsel, gezondheidszorg e.a., stelt het Hof vast dat er geen verdere details worden gegeven over de specifieke omstandigheden waarin de verzoekers zullen worden opgevangen. In afwezigheid van specifieke en betrouwbare informatie met betrekking tot de specifieke opvangvoorziening, de fysieke opvangomstandigheden en het behoud van de eenheid van het gezin, meent het Hof dat de Zwitserse overheden niet over voldoende waarborgen beschikken dat de verzoekers, bij overdracht naar Italië, zullen worden opgevangen in een wijze aangepast aan de leeftijd van de kinderen.<sup>545</sup> Een overdracht zonder eerst deze individuele waarborgen te hebben ontvangen van de Italiaanse overheden, zou een schending betreffen van artikel 3 EVRM.

## *ii.2. Humanitaire omstandigheden in derde landen*

202. In eerste instantie leek de uitspraak van het Hof in de zaak *M.S.S.* een beperkte draagwijdte te kennen wegens het belang dat werd gehecht aan de kwetsbare status van de verzoeker als asielzoeker (nl. als lid van een bijzonder ondergeprivilegieerde en kwetsbare groep met een bijzondere nood aan bescherming) en de precieze verplichtingen van de lidstaten onder de bindende EU-wetgeving inzake de opvang van asielzoekers. Zoals eerder gesteld, lijkt de uitspraak immers te impliceren dat EU-lidstaten aan hogere standaarden dienen te voldoen inzake non-refoulement omwille van hun specifieke socio-economische engagementen onder de EU-wetgeving. Latere rechtspraak van het Hof toont aan dat ook buiten het specifieke kader van de EU-verplichtingen bepaalde socio-economische of humanitaire omstandigheden waarin asielzoekers en vluchtelingen zich bevinden, aanleiding

---

<sup>541</sup> EHRM 4 november 2014, nr. 29217/12, *Tarakhel v. Zwitserland*, par. 99.

<sup>542</sup> EHRM 19 januari 2012, nr. 39472/07 en 39474/07, *Popov v. Verenigd Koninkrijk*, par. 102.

<sup>543</sup> EHRM 4 november 2014, nr. 29217/12, *Tarakhel v. Zwitserland*, par. 118-119.

<sup>544</sup> EHRM 4 november 2014, nr. 29217/12, *Tarakhel v. Zwitserland*, par. 108-110, 115 en 120.

<sup>545</sup> Zie de kritiek van rechters Casadevall, Berro-Lefèvre en Jäderblom in *hun joint partly dissenting opinion*. Zij menen dat het risico op een schending van artikel 3 EVRM bij overdracht naar Italië niet voldoende concreet is opdat Zwitserland verantwoordelijk kan worden gehouden.

kunnen geven tot het vaststellen van een schending van het non-refoulementbeginsel onder artikel 3 EVRM.

203. Zo is het opmerkelijk dat het Hof in de zaak *Hirsi Jamaa* ook rekening hield met de bijzonder precaire detentie- en leefomstandigheden van illegaal verblijvende migranten en asielzoekers in Libië. Het Hof wees er op dat Libië faalde in het naleven van zijn internationale verplichtingen, met name de bescherming van vluchtelingen. Men maakte geen onderscheid tussen ‘illegaal verblijvende vreemdelingen’ en ‘asielzoekers’. Zij werden systematisch gearresteerd en vastgehouden in Libië, met het risico op eventuele refoulement naar hun land van oorsprong. Wanneer ze hun vrijheid terug verwierven, kwamen ze terecht in precaire leefomstandigheden. Het Hof verwees voorts naar het feit dat deze vreemdelingen omwille van hun gebrek aan verblijfsstatus een marginale en geïsoleerde positie bekleden in de Libische samenleving. Daardoor zijn ze extreem kwetsbaar voor xenofobe en racistische handelingen. Het gegeven dat het overgrote deel van de illegaal verblijvende migranten in Libië zich in dezelfde situatie bevinden, deed volgens het Hof geen afbreuk aan het feit dat het terugsturen van bootvluchtelingen door Italië naar deze voor hen precaire situatie in Libië een schending van artikel 3 EVRM uitmaakte.<sup>546</sup>

204. In de latere zaak *Sufi en Elmi* bleek het Hof deze rechtspraak verder te ontwikkelen. In deze zaak onderzocht het Hof of de verzoekers, twee Somaliërs, beschikten over een intern vluchtalternatief zowel binnen als buiten Somalië zoals door de regering van het Verenigd Koninkrijk werd beweerd.<sup>547</sup> De verzoekers verzetten zich tegen hun verwijdering uit het Verenigd Koninkrijk en verwezen naar de barre humanitaire omstandigheden in de vluchtelingenkampen.<sup>548</sup> De regering van het Verenigd Koninkrijk voerde aan dat de juiste test erin bestond om te beoordelen of de humanitaire omstandigheden in de vluchtelingenkampen konden worden aangemerkt als zeer uitzonderlijk, in die zin dat de omstandigheden zich op klemmende wijze tegen verwijdering verzetten, zoals de zaak *N.* aangaf.<sup>549</sup> Het Hof koos er echter voor om in deze zaak de maatstaf uit de zaak *M.S.S.* te gebruiken omwille van de buitengewone en extreme omstandigheden in Somalië. In de zaak *N.* ging het risico op slechte behandeling immers niet uit van opzettelijke daden of nalatigheden van overheidsactoren of niet-overheidsactoren, maar wel uit een natuurlijk voorkomende ziekte en het gebrek aan voldoende overheidsmiddelen in het land van terugkeer om daarmee om te gaan.<sup>550</sup> Als de barre humanitaire omstandigheden in Somalië enkel of grotendeels toe te schrijven waren aan armoede of het gebrek aan overheidsmiddelen om met een natuurlijk voorkomend fenomeen, zoals droogte, om te gaan, dan zou de test uit de zaak *N.*, volgens het Hof, wel de juiste geweest zijn. Echter, hoewel de droogte de humanitaire crisis heeft bevorderd, is de crisis hoofdzakelijk veroorzaakt door rechtstreekse en onrechtstreekse handelingen van de partijen in het conflict. Rapporten tonen aan dat alle partijen in het conflict willekeurige oorlogsmethoden hebben gebruikt in dichtbevolkte

---

<sup>546</sup> EHRM 23 februari 2012, nr. 27765/09, *Hirsi Jamaa e.a. v. Italië*, par. 125. Zie M. GIUFFRÉ, “Watered Down Rights On the High Seas: Hirsi Jamaa and others v. Italy”, *ICLQ* 2012, 728-750.

<sup>547</sup> Volgens rechtspraak van het Hof sluit art. 3 EVRM niet uit dat verdragsluitende staten bij hun beoordeling of de verwijdering van een vreemdeling naar zijn land van oorsprong hem blootstelt aan een reëel risico op slechte behandeling verboden onder art. 3 EVRM, rekening houden met het bestaan van een intern vluchtalternatief. Echter, de verdragsluitende staten moeten ook bij de toepassing van een intern vluchtalternatief garanderen dat de vreemdeling, als gevolg van de verwijdering, geen reëel risico loopt op een schending van art. 3 EVRM. Voor men kan vertrouwen op een intern vluchtalternatief moeten een aantal garanties worden bekomen: Het moet mogelijk zijn voor de verwijderde vreemdeling om te reizen naar de desbetreffende plaats, daar toegang te krijgen en zich te kunnen vestigen. Indien dit niet zo is, dan kan art. 3 EVRM in het geding komen, des te meer wanneer in afwezigheid van zulke garanties de mogelijkheid bestaat dat hij terecht komt in een deel van het land van oorsprong waar hij kan worden blootgesteld aan slechte behandeling: EHRM 28 juni 2011, nr. 8319/07 en 11449/07, *Sufi en Elmi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 266.

<sup>548</sup> EHRM 28 juni 2011, nr. 8319/07 en 11449/07, *Sufi en Elmi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 254-255.

<sup>549</sup> EHRM 28 juni 2011, nr. 8319/07 en 11449/07, *Sufi en Elmi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 259.

<sup>550</sup> EHRM 28 juni 2011, nr. 8319/07 en 11449/07, *Sufi en Elmi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 281.

gebieden zonder rekening te houden met de burgerbevolking. Dit feit alleen heeft geleid tot grote volksverhuizingen en de ineenstorting van sociale, politieke en economische structuren. De weigering om internationale hulporganisaties toe te laten in de gebieden onder controle van al-Shabaab heeft de situatie des te meer verergerd.<sup>551</sup>

Op basis hiervan besloot het Hof om de benadering die in de zaak *M.S.S. v. Griekenland en België* werd aangenomen, te volgen. Dit vereist dat het Hof de mogelijkheid van de verzoeker beoordeelt, om te voorzien in zijn elementaire levensbehoeften, zoals voedsel, hygiëne en huisvesting, zijn kwetsbaarheid voor een slechte behandeling en het vooruitzicht op een verbetering van zijn situatie binnen een redelijke termijn.<sup>552</sup> Na onderzoek van de landeninformatie stelde het Hof vast dat in de betreffende vluchtelingenkampen, zowel in Somalië als in Kenia, de toegang tot voedsel, huisvesting, sanitaire faciliteiten en water zeer beperkt was. Voorts stelde het Hof vast dat de kampbewoners zeer kwetsbaar zijn voor gewelddadige misdrijven, (seksuele) uitbuiting en misbruik en gedwongen rekrutering. In Kenia was er daarenboven een reëel risico op refoulement. Tenslotte was er weinig vooruitzicht op verbetering binnen een redelijke termijn. De kampbewoners hadden geen toelating om de kampen te verlaten en bleven dus opgesloten terwijl de kampen overbevolkt geraakten. Het Hof oordeelde dat door de verzoekers te dwingen om een toevluchtsoord te zoeken in opvangkampen waar de leefomstandigheden bijzonder hard en bar zijn als gevolg van een situatie van algemeen geweld, zij worden blootgesteld aan een reëel risico op slechte behandeling onder artikel 3 EVRM.<sup>553</sup>

205. Een paar maanden later greep het Hof evenwel terug naar zijn oude rechtspraak in de zaak *Husseini*. In deze zaak ging het om de verwijdering van een Afghaanse onderdaan naar zijn land van herkomst. Het Hof stelde dat: “*while the Court by no means wishes to detract from the acute pertinence of socio-economic and humanitarian considerations to the issue of forced returns of rejected asylum seekers to a particular part of their country of origin, such considerations do not necessarily have a bearing, and certainly not a decisive one, on the question of whether the persons concerned would have to face a real risk of ill-treatment within the meaning of article 3 ECHR*”.<sup>554</sup> Het Hof herhaalde dat alvorens een Staat toepassing mag maken van een intern vestigingsalternatief, zekere waarborgen aanwezig dienen te zijn. De mogelijkheid moet bestaan om veilig naar het veilige deel van het land te reizen en er toegang toe te krijgen alsook de mogelijkheid om zich daar te vestigen zonder dat de betrokkene daar zal worden blootgesteld aan behandelingen of situaties in strijd met artikel 3 EVRM. In casu werd vastgesteld dat in Afghanistan een intern vluchtalternatief beschikbaar was voor de verzoeker, onder meer in Kaboel. Het Hof was niet overtuigd door het argument van de verzoeker dat het niet mogelijk was zich elders in Afghanistan te vestigen en te overleven zonder de bescherming of steun van familie of een ander netwerk. Uit informatie van UNHCR bleek immers dat alleenstaande mannen in stedelijke gebieden kunnen overleven zonder familie of netwerk.

206. In het kader van de zaak *S.H.H.*, waar het Hof zich boog over de leefomstandigheden van een gehandicapte man bij terugkeer naar Afghanistan, greep het Hof de kans om de uitzonderlijkheid van de zaak *M.S.S.*, enerzijds, en de zaak *Sufi en Elmi*, anderzijds, te benadrukken.<sup>555</sup> Een toepassing van de zaak *M.S.S.* was in dit geval niet aan de orde. In de eerste plaats omdat Afghanistan, een niet-verdragsluitende Staat, geen gelijkaardige positieve verplichtingen kent als voorzien in specifieke EU-wetgeving. In de tweede plaats omdat

---

<sup>551</sup> EHRM 28 juni 2011, nr. 8319/07 en 11449/07, *Sufi en Elmi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 282.

<sup>552</sup> EHRM 28 juni 2011, nr. 8319/07 en 11449/07, *Sufi en Elmi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 283.

<sup>553</sup> EHRM 28 juni 2011, nr. 8319/07 en 11449/07, *Sufi en Elmi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 284-292.

<sup>554</sup> EHRM 13 oktober 2011, nr. 10611/09, *Husseini v. Zweden*, par. 97-98.

(rt)<sup>555</sup> EHRM 29 januari 2013, nr. 60367, *S.H.H. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 90-92.

Afghanistan als niet-verdragsluitende Staat onder het EVRM niet verantwoordelijk gehouden kan worden voor gebreken in de voorziening van adequate sociale bijstand aan gehandicapte personen. Voorts was ook een toepassing van de zaak *Sufi en Elmi* in dit specifiek geval niet op zijn plaats. De beschikbare bewijzen lieten het Hof niet toe om te besluiten dat de situatie in Afghanistan, hoewel die omwille van het lopende conflict als zeer ernstig kan worden beschouwd, volledig vergelijkbaar was met de situatie in Somalië. Waar Somalië sinds 1991 niet meer beschikt over een functionerende centrale regering, is in Afghanistan wel sprake van een functionerende centrale regering en functionerende infrastructuur. Voorts valt Kaboel, de plaats waarheen de verzoeker zou worden verwijderd, onder de volledige controle van deze centrale regering. Hoewel omwille van de continue instabiliteit het steeds moeilijker werken wordt, is er in Afghanistan een betekenisvolle aanwezigheid van internationale hulporganisaties. Zonder de moeilijkheden in de voorzieningen voor gehandicapte personen te onderschatten, stelde het Hof vast dat de Afghaanse overheden kleine stappen ondernemen om de situatie van gehandicapte personen te verbeteren. Het Hof besloot uit al deze elementen dat de leefomstandigheden waaraan de Afghaanse verzoeker bij zijn terugkeer zou worden blootgesteld, grotendeels het gevolg waren van ontoereikende sociale voorzieningen door een gebrek aan overheidsmiddelen, eerder dan het gevolg van opzettelijke handelingen of nalatigheden door de Afghaanse overheden. Aldus diende de zaak volgens de maatstaf van de zaak *N.* te worden beoordeeld, en onderzocht het Hof bijgevolg of er sprake was van zeer uitzonderlijke omstandigheden waarbij de humanitaire gronden die pleiten tegen verwijdering klemmend zijn.<sup>556</sup>

207. Deze benadering werd bevestigd in de zaak *H. en B.* waar het Hof benadrukte dat humanitaire omstandigheden in het land van herkomst of terugkeer enkel aanleiding kunnen geven tot een schending van artikel 3 EVRM in zeer uitzonderlijke omstandigheden waar de humanitaire redenen tegen verwijdering klemmend zijn. In de beoordeling van een eventueel intern vluchtalternatief in Kaboel, hanteerde het Hof, enerzijds, de maatstaf uit de zaak *N.* en verwees het Hof, anderzijds, naar de UNHCR Guidelines van december 2010 ter zake. Volgens dit document wordt interne hervestiging redelijk geacht wanneer er bescherming beschikbaar is vanwege een uitgebreid familienetwerk van de betrokkene, of wanneer er banden zijn met de gemeenschap of de stam in het gebied waar interne hervestiging wordt overwogen. Alleenstaande mannen en kerngezinnen kunnen, in bepaalde omstandigheden, overleven zonder de steun van familie of gemeenschap in stedelijke of semi-stedelijke gebieden met een bestaande infrastructuur en onder effectieve regeringscontrole. Het Hof verwees eveneens naar de rechtspraak van het Verenigd Koninkrijk waarin wordt gesteld dat, op algemene wijze, interne hervestiging in Kaboel niet onveilig of onredelijk wordt geacht voor jonge alleenstaande mannen. In casu werd dan ook geen schending van artikel 3 EVRM vastgesteld in hoofde van de twee verzoekers bij terugkeer naar Afghanistan daar een intern vluchtalternatief in Kaboel aanwezig wordt geacht.<sup>557</sup>

Het Hof oordeelde in dezelfde zin m.b.t. Irak. Het Hof oordeelt dat een intern vluchtalternatief in Irak weliswaar een zekere ontbering met zich meebrengt, maar dat er geen aanwijzingen zijn dat de algemene leefomstandigheden in het voorgestelde intern vluchtalternatief onredelijk zijn of op een andere wijze een schending uitmaken van artikel 3 EVRM.<sup>558</sup>

---

<sup>556</sup> Hierbij moet worden opgemerkt dat in hun *dissenting opinion* rechters Ziemele, David Thor Björgvinsson en De Gaetano oordeelden dat de feiten van deze zaak zich bevonden “*somewhere in between these lines of the Court’s case-law*” en dus in wezen het Hof voor een nieuwe situatie stelden. Deze zaak draaide volgens hen niet omtrent de vraag of gehandicapte personen naar Afghanistan kunnen worden terug gestuurd. In deze zaak was de vraagstelling eerder of de verwijdering van de verzoeker in zijn specifiek geval in het licht van zijn handicap en in het licht van zijn gebrek aan familiale of sociale ondersteuning in Afghanistan, een reëel risico op een schending van artikel 3 EVRM inhield. Deze vraag was volgens deze rechters echter niet voldoende onderzocht.

<sup>557</sup> EHRM 9 april 2013, nr. 70073/10 en 44539/11, *H. en B. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 114.

<sup>558</sup> EHRM 27 juni 2013, nr. 72413/10, *M.K.N. v. Zweden*, par. 39 en EHRM 27 juni 2013, nr. 66523/10, *S.A. v. Zweden*, par. 57-58.



## **§ 2. Andere bepalingen uit het EVRM die aanleiding kunnen geven tot non-refoulement**

208. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft nooit uitdrukkelijk uitgesloten dat, naast artikel 3 EVRM, andere bepalingen uit het EVRM eveneens aanleiding kunnen geven tot een zgn. ‘Soering-effect’, met name dat een vreemdeling ook niet kan worden uitgeleverd of verwijderd wanneer bij terugkeer naar het land van oorsprong of bij verwijdering naar een derde land er een reëel risico bestaat op een schending van een andere bepaling van het EVRM. In de zaak *Soering* verwoordde het Hof dit zo: “*Nevertheless, in so far as a measure of extradition has consequences adversely affecting the enjoyment of a Convention right, it may, assuming that the consequences are not too remote, attract the obligations of a Contracting State under the relevant Convention guarantee (see, mutatis mutandis, the Abdulaziz, Cabales and Balkandali judgment of 25 May 1985, Series A no. 94, pp. 31-32 §§ 59-60 - in relation to rights in the field of immigration).*”<sup>559</sup>

209. Uit de latere rechtspraak van het Hof blijkt inderdaad dat, zowel in het kader van uitlevering als verwijdering, ook andere bepalingen van het EVRM een verbod op refoulement kunnen inhouden. Het Hof lijkt daarbij wel een onderscheid te maken tussen de absolute rechten en de relatieve rechten in het EVRM. Vanuit een puur pragmatisch oogpunt kan, volgens het Hof, van een verdragsluitende Staat niet worden geëist dat ze vreemdelingen enkel terugstuurt naar een land waar alle rechten en vrijheden van het EVRM ten volle en effectief worden gehandhaafd.<sup>560</sup> De reden waarom aan verdragsluitende Staten m.b.t. artikel 3 EVRM wel een verantwoordelijkheid tot bescherming tegen refoulement wordt opgelegd, heeft alles te maken met de fundamentele waarde en het absolute karakter van deze bepaling alsook de noodzakelijke effectieve bescherming ervan in de praktijk.<sup>561</sup> Zulke dwingende overwegingen zijn echter niet automatisch van toepassing op andere bepalingen van het EVRM. Het Hof zal daarom, waar relatieve rechten in het geding zijn, een hogere bewijslast opleggen. Ook het House of Lords van het Verenigd Koninkrijk suggereerde in 2004 eveneens dat andere bepalingen onder het EVRM aanleiding kunnen geven tot non-refoulement waarbij echter aan een hoge bewijslast (er moet sprake zijn van een ‘flagrante schending’ of een ‘fundamentele ontkenning van het recht’) moet worden voldaan.<sup>562</sup>

---

<sup>559</sup> EHRM 7 juli 1989, nr. 14038/88, *Soering v. Verenigd Koninkrijk*, par. 85.

<sup>560</sup> EHRM 22 juni 2004, nr. 17341/03, *F. v. Verenigd Koninkrijk* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>561</sup> EHRM 22 juni 2004, nr. 17341/03, *F. v. Verenigd Koninkrijk* (onontvankelijkheidsbeslissing): “*This is based on the fundamental importance of these provisions, whose guarantees it is imperative to render effective in practice.*”

<sup>562</sup> *Ullah v. Secretary of State for the Home Dept* [2004] 2 AC 323, [2004] UKHL 26, paras. 24-25 (Lord Bingham), 49-50 (Lord Steyn), 67 (Lord Carswell).

A. *Non-refoulement en absolute rechten in het EVRM en de aanvullende Protocollen*

210. Het non-refoulementbeginsel, inherent aan artikel 3 EVRM, vloeit voort uit het feit dat artikel 3 EVRM een van de fundamentele waarden van democratische samenlevingen beschermt en dit op absolute wijze.<sup>563</sup> WOUTERS stelt terecht dat er ook andere bepalingen in het EVRM zijn die eveneens belangrijke fundamentele waarden belichamen en absoluut van aard zijn zodat ze, bij analogie, ook een verbod op refoulement kunnen bevatten.<sup>564</sup>

a.) Artikel 2 EVRM, artikel 1 Protocol nr. 6 en artikel 1 Protocol nr. 13: de doodstraf

211. Het EHRM sluit niet uit dat artikel 2 EVRM (recht op leven), artikel 1 Protocol nr. 6 (gedeeltelijke afschaffing van de doodstraf) en artikel 1 Protocol nr. 13 (afschaffing van doodstraf in alle omstandigheden) ook een verbod op refoulement inhouden.<sup>565</sup> In de praktijk gaan grieven op basis van deze artikelen vaak gepaard met een grief op basis van artikel 3 EVRM. Het Hof zal dan veelal stellen dat deze grieven onlosmakelijk verbonden zijn met de inhoud van de grief op basis van artikel 3 EVRM en besluiten dat het niet nodig is om een grief afzonderlijk te onderzoeken op basis van artikel 2 EVRM of de artikelen 1 van Protocollen nrs. 6 en 13, tenzij de mogelijkheid van het verlies van het leven aan een bijna zekere waarschijnlijkheid grenst, zoals in het specifieke geval van de doodstraf.<sup>566</sup> Aldus het Hof: *“in circumstances where there are substantial grounds to believe that the person in question, if extradited, would face a real risk of being liable to capital punishment in the receiving country, Article 2 implies an obligation not to extradite the individual (...). Furthermore, if an extraditing State knowingly puts the person concerned at such high risk of losing his life as for the outcome to be near certainty, such an extradition may be regarded as “intentional deprivation of life”, prohibited by Article 2 of the Convention (...).”*<sup>567</sup>

212. In de zaak *Soering v. Verenigd Koninkrijk* kon het Hof zich enkel uitspreken over de omstandigheden waarmee de doodstraf gepaard kan gaan, meer bepaald het zgn. ‘death row’-fenomeen.<sup>568</sup> Artikel 3 EVRM kan niet worden geïnterpreteerd als een verbod op de doodstraf en bovendien blijkt uit de tekst van artikel 2 EVRM dat de doodstraf niet verboden is omdat artikel 2, lid 1, EVRM voorziet in een uitzondering m.b.t. de tenuitvoerlegging van een gerechtelijk vonnis wegens een misdrijf waarvoor de wet in de doodstraf voorziet.<sup>569</sup> Het Hof

---

<sup>563</sup> EHRM 7 juli 1989, nr. 14038/88, *Soering v. Verenigd Koninkrijk*, par. 88 en EHRM 26 september 1991, nr. 45/1990/236/302-306, *Vilvarajah e.a. v Verenigd Koninkrijk*, par. 102.

<sup>564</sup> K. WOUTERS, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, supra noot 335, 345.

<sup>565</sup> Zie EHRM 26 oktober 2004, nr. 16578/03, *B v. Zweden* (onontvankelijkheidsbeslissing): *“Moreover, the Court does not exclude that analogous considerations might apply to Article 2 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 6 to the Convention where the return of an alien puts his or her life in danger, as a result of the imposition of the death penalty or otherwise.”* en voor identiek hetzelfde citaat, maar dan met betrekking tot protocol 13: EHRM 7 november 2006, nr. 4701/05, *Ayegh v. Zweden* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>566</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM 2 mei 1997, nr. 30240/96, *D. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 59; EHRM 26 oktober 2004, nr. 16578/03, *B. v. Zweden* (onontvankelijkheidsbeslissing) en EHRM 27 maart 2008, nr. 37913/05, *Hakizimana v. Zweden* (onontvankelijkheidsbeslissing). Voor meer voorbeelden van rechtspraak zie K. WOUTERS, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, supra noot 335, 346.

<sup>567</sup> Zie o.m. EHRM 5 oktober 2004, nr. 2345/02, *Said v. Nederland* (onontvankelijkheidsbeslissing) en EHRM 19 november 2009, nr. 41015/04, *Kaboulov v. Ukraine*, par. 99.

<sup>568</sup> EHRM 7 juli 1989, nr. 14038/88, *Soering v. Verenigd Koninkrijk*, par. 111: *“(…) in the Court’s view, having regard to the very long period of time spent on death row in such extreme conditions, with the ever present and mounting anguish of awaiting execution of the death penalty, and to the personal circumstances of the applicant, especially his age and mental state at the time of the offence, the applicant’s extradition to the United States would expose him to a real risk of treatment going beyond the threshold set by Article 3 (art. 3).”*

<sup>569</sup> EHRM 7 juli 1989, nr. 14038/88, *Soering v. Verenigd Koninkrijk*, par. 103.

stelde echter: *“That does not mean however that circumstances relating to a death sentence can never give rise to an issue under Article 3 (art. 3). The manner in which it is imposed or executed, the personal circumstances of the condemned person and a disproportionality to the gravity of the crime committed, as well as the conditions of detention awaiting execution, are examples of factors capable of bringing the treatment or punishment received by the condemned person within the proscription under Article 3 (art. 3). Present-day attitudes in the Contracting States to capital punishment are relevant for the assessment whether the acceptable threshold of suffering or degradation has been exceeded.”*<sup>570</sup>

213. Het stelde pas in 2005 in de zaak *Bader e.a. v. Zweden* voor de eerste keer een schending van artikel 2 EVRM vast, omwille van een verwijdering naar een land waar er een reëel risico bestaat.<sup>571</sup> In dit arrest stelde het Hof dat Bader over een gegronde vrees beschikte dat de doodstraf, tegen hem uitgesproken, zou worden uitgevoerd indien hij werd gedwongen terug te keren naar Syrië. Deze uitspraak was mogelijk omdat het Hof enkele maanden daarvoor in de zaak *Öcalan v. Turkije* een wijziging in de praktijk en houding van de verdragsluitende Staten t.a.v. de doodstraf had vastgesteld: alle verdragsluitende Staten hadden ondertussen Protocol nr. 6 (absoluut verbod op de doodstraf in vredetijd) ondertekend en er tekende zich een duidelijke tendens af voor de afschaffing van de doodstraf. Door deze gewijzigde houding kon, volgens het Hof, de doodstraf worden aanzien als een onaanvaardbare straf in vredetijden die niet enkel verboden is onder Protocol nr. 6 maar ook onder artikel 2 EVRM.<sup>572</sup>

214. Het Hof nam echter toen geen positie in m.b.t. de vraag of, in het licht van de gewijzigde praktijk in de verdragsluitende Staten, het opleggen van de doodstraf op zich een onmenselijke of vernederende behandeling betreft.<sup>573</sup> In de zaak *Öcalan* oordeelde het Hof dat er geen schending was van artikel 2 en artikel 3 EVRM m.b.t. de uitvoering van de doodstraf, omdat de doodstraf was afgeschaft in Turkije en de veroordeling van *Öcalan* was omgezet naar een levenslange gevangenisstraf.<sup>574</sup> Voorts stelde het Hof dat artikel 2 EVRM verbiedt dat de doodstraf wordt opgelegd als gevolg van een oneerlijk proces.<sup>575</sup> Het Hof vervolgde: *“In the Court's view, to impose a death sentence on a person after an unfair trial is to subject that person wrongfully to the fear that he will be executed. The fear and uncertainty as to the future generated by a sentence of death, in circumstances where there exists a real possibility that the sentence will be enforced, must give rise to a significant degree of anguish. Such anguish cannot be dissociated from the unfairness of the proceedings underlying the sentence which, given that human life is at stake, becomes unlawful under the Convention.”*<sup>576</sup> Omdat er gedurende drie jaar een reëel risico bestond dat de executie van *Öcalan* zou worden uitgevoerd, alvorens werd besloten om de doodstraf om te zetten in levenslange gevangenisstraf, oordeelde het Hof dat de oplegging van de doodstraf als gevolg van een oneerlijk proces gelijk stond met een onmenselijke behandeling in strijd met artikel 3 EVRM.<sup>577</sup>

---

<sup>570</sup> EHRM 7 juli 1989, nr. 14038/88, *Soering v. Verenigd Koninkrijk*, par. 104.

<sup>571</sup> EHRM 8 november 2005, nr. 13284/04, *Bader e.a. v. Zweden*, par. 48.

<sup>572</sup> EHRM 12 mei 2005, nr. 46221/99, *Öcalan v. Turkije*, par. 163.

<sup>573</sup> EHRM 12 mei 2005, nr. 46221/99, *Öcalan v. Turkije*, par. 165: *“For the time being, the fact that there is still a large number of States who have yet to sign or ratify Protocol No. 13 may prevent the Court from finding that it is the established practice of the Contracting States to regard the implementation of the death penalty as inhuman and degrading treatment contrary to Article 3 of the Convention, since no derogation may be made from that provision, even in times of war.”*

<sup>574</sup> EHRM 12 mei 2005, nr. 46221/99, *Öcalan v. Turkije*, par. 155.

<sup>575</sup> EHRM 12 mei 2005, nr. 46221/99, *Öcalan v. Turkije*, par. 166. Wanneer de doodstraf wordt opgelegd als gevolg van een oneerlijk proces, dan is er sprake van een arbitraire beroving van het leven.

<sup>576</sup> EHRM 12 mei 2005, nr. 46221/99, *Öcalan v. Turkije*, par. 169.

<sup>577</sup> EHRM 12 mei 2005, nr. 46221/99, *Öcalan v. Turkije*, par. 175.

215. Terugkoppelend naar de zaak *Bader*, blijkt dat het Hof in deze oordeelde dat aangezien de executies in Syrië werden uitgevoerd zonder publieke controle of verantwoordelijkheid, de omstandigheden waarin de doodstraf wordt uitgevoerd onvermijdelijk zouden leiden tot aanzienlijke angst en leed.<sup>578</sup> Voorts stelde het Hof dat omwille van de beperkte aard en de gehele geringschatting t.a.v. de rechten van de verdediging, er een flagrante schending van het recht op een eerlijk proces had plaatsgevonden. Het Hof besloot dan ook dat de doodstraf uitgesproken tegen Bader als gevolg van een oneerlijk proces, bijkomende angst en leed m.b.t. de toekomst zou veroorzaken bij hem en zijn familie als ze werden gedwongen tot een terugkeer naar Syrië.<sup>579</sup> Aldus zou de verwijdering van Bader en zijn familie naar Syrië aanleiding geven tot schendingen onder artikelen 2 en 3 EVRM.<sup>580</sup>

216. In de zaak *Shamayev e.a. v. Georgië en Rusland* kon het Hof niet anders dan oordelen dat wanneer een verdragsluitende Staat Protocol nr. 6 niet heeft geratificeerd en niet is toegetreden tot Protocol nr. 13, deze verdragsluitende Staat gemachtigd is om de doodstraf toe te passen onder bepaalde omstandigheden, in overeenstemming met artikel 2, lid 2, EVRM.<sup>581</sup> Wat het Hof in een dergelijke situatie dan zal onderzoeken is of er een risico op slechte behandeling bestaat na uitlevering, of de omstandigheden die gepaard gaan met de uitvoering van de doodstraf (zoals de manier waarop de doodstraf wordt opgelegd of uitgevoerd) aanleiding kunnen geven tot een schending van artikel 3 EVRM<sup>582</sup> en of er een risico is op een buitengerechtelijke executie onder artikel 2 EVRM.<sup>583</sup>

217. In de zaak *Al-Saadon en Mufdhi v. Verenigd Koninkrijk* wees het Hof erop dat ondertussen alle verdragsluitende Staten Protocol nr. 6 hadden ondertekend en geratificeerd, met uitzondering van Rusland. Protocol nr. 13 was geratificeerd door 42 verdragsluitende Staten alsook ondertekend maar niet geratificeerd door drie overige Staten. Voorts hadden Azerbeidzjan en Rusland Protocol nr. 13 niet ondertekend. In het licht van de huidige omstandigheden besloot het Hof niettemin: “(...) *that, in respect of those States which are bound by it, the right under Article 1 of Protocol No. 13 not to be subjected to the death penalty, which admits of no derogation and applies in all circumstances, ranks along with the rights in Articles 2 and 3 as a fundamental right, enshrining one of the basic values of the democratic societies making up the Council of Europe. As such, its provisions must be strictly construed.*”<sup>584</sup> Het Hof bevestigde dat: “*Similarly, Article 2 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 13 prohibit the extradition or deportation of an individual to another State where substantial grounds have been shown for believing that he or she would face a real risk of being subjected to the death penalty there.*”<sup>585</sup>

In deze zaak argumenteerden twee Irakese onderdanen, beschuldigd van medeplichtigheid in de moord van twee Britse soldaten kort na de invasie in Irak van 2003, dat hun overhandiging door de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk aan de Irakese overheid hen zou blootstellen aan een reëel risico op executie door ophanging. Het Hof argumenteerde dat sinds de zaak Öcalan de houding en praktijk van de verdragsluitende Staten inzake doodstraf verder was geëvolueerd: “*All but two of the Member States have now signed Protocol No. 13 and all but three of the States which have signed have ratified it. These figures, together with consistent State practice in observing the moratorium on capital punishment, are strongly indicative that Article 2 has been amended so as to prohibit the death penalty in all circumstances.*

---

<sup>578</sup> EHRM 8 november 2005, nr. 13284/04, *Bader e.a. v. Zweden*, par. 46.

<sup>579</sup> EHRM 8 november 2005, nr. 13284/04, *Bader e.a. v. Zweden*, par. 47.

<sup>580</sup> EHRM 8 november 2005, nr. 13284/04, *Bader e.a. v. Zweden*, par. 48.

<sup>581</sup> EHRM 12 april 2005, nr. 36378/02, *Shamayev e.a. v. Georgië en Rusland*, par. 333.

<sup>582</sup> EHRM 12 april 2005, nr. 36378/02, *Shamayev e.a. v. Georgië en Rusland*, par. 340 e.v.

<sup>583</sup> EHRM 12 april 2005, nr. 36378/02, *Shamayev e.a. v. Georgië en Rusland*, par. 370-371.

<sup>584</sup> EHRM 2 maart 2010, nr. 61498/08, *Al-Sadoon en Mufdhi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 118.

<sup>585</sup> EHRM 2 maart 2010, nr. 61498/08, *Al-Sadoon en Mufdhi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 123.

*Against this background, the Court does not consider that the wording of the second sentence of Article 2 § 1 continues to act as a bar to its interpreting the words “inhuman or degrading treatment or punishment” in Article 3 as including the death penalty.”<sup>586</sup>*

Met andere woorden, het Hof achtte de tijd rijp om te oordelen dat het opleggen van de doodstraf op zich een onmenselijke of vernederende behandeling betreft. Het is dus niet meer nodig om de omstandigheden die gepaard gaan met de doodstraf te onderzoeken. Volgens het Hof is de doodstraf niet meer of minder dan de opzettelijke en met voorbedachten rade vernietiging van een mens door staatsoverheden waarbij fysieke pijn wordt veroorzaakt alsook een intens psychologisch lijden omwille van de voorkennis van de eigen dood.<sup>587</sup> De doodstraf op zich kan dus volgens het Hof worden gelijkgesteld aan een onmenselijke en vernederende behandeling in strijd met artikel 3 EVRM.

In casu beperkte het Hof zich tot de vaststelling dat door de handelingen en nalatigheden van de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk de verzoekers gedurende aanzienlijke tijd werden blootgesteld aan een angst op executie door de Irakese autoriteiten. Het veroorzaken van een psychologisch lijden van deze aard en graad werd veroordeeld als een onmenselijke behandeling in strijd met artikel 3 EVRM.<sup>588</sup> Hoewel, volgens het Hof, de verzoekers nog steeds een reëel risico liepen op executie, vond het Hof het niet nodig om zich ook uit te spreken over eventuele schendingen onder artikel 2 EVRM en artikel 1 Protocol 13, onder meer omdat een heropening van het onderzoek naar de moord had plaatsgevonden.

#### b.) Artikel 4 EVRM: verbod op slavernij en dwangarbeid

218. In de arresten *Siliadin v. Frankrijk* en *Rantsev* bevestigde het Hof dat ook artikel 4 EVRM, samen met artikelen 2 en 3 EVRM, een van de meest fundamentele waarden van de democratische samenlevingen in de Raad van Europa belichaamt en bovendien een niet-opgeschortbaar absoluut recht is.<sup>589</sup> Deze bevestiging van artikel 4 EVRM als een fundamenteel en absoluut recht betekent dat de verdragsluitende Staten zich moeten onthouden van handelingen die in strijd zijn met het verbod onder artikel 4 EVRM. Hoewel het Hof zich hier nog niet ten gronde over heeft uitgesproken, kan hieruit worden afgeleid dat artikel 4 EVRM, net zoals artikelen 2 en 3 EVRM, eveneens een impliciet refoulementverbod inhoudt en dus personen tegen verwijdering beschermt wanneer er zwaarwegende gronden zijn om aan te nemen dat die verwijdering een reëel risico inhoudt dat hij wordt blootgesteld aan een behandeling verboden onder artikel 4 EVRM.

Dit blijkt onder meer uit de zaak *Ould Barar v. Zweden* (onontvankelijkheidsbeslissing), waarin het Hof oordeelde dat niet was aangetoond dat de verzoeker een risico liep op een behandeling in strijd met artikel 4 EVRM bij terugkeer naar Mauretanië omdat daar immers een verbod op slavernij geldt. In de zaak *M. v. Verenigd Koninkrijk* beweerde de verzoekster het slachtoffer van mensenhandel te zijn met het oog op gedwongen prostitutie. Ze voerde aan dat bij verwijdering naar Oeganda, haar land van herkomst, ze terug in handen zou vallen van de mensenhandelaars en zou worden blootgesteld aan slechte behandeling en gedwongen seksuele arbeid. Uiteindelijk werd een schikking getroffen met het Verenigd Koninkrijk en verkreeg de verzoekster een verblijfsvergunning voor drie jaar.<sup>590</sup>

---

<sup>586</sup> EHRM 2 maart 2010, nr. 61498/08, *Al-Sadoon en Mufdhi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 120.

<sup>587</sup> EHRM 2 maart 2010, nr. 61498/08, *Al-Sadoon en Mufdhi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 115.

<sup>588</sup> EHRM 2 maart 2010, nr. 61498/08, *Al-Sadoon en Mufdhi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 144.

<sup>589</sup> EHRM 26 juli 2005, nr. 73313/01, *Siliadin v. Frankrijk*, par. 82 en 112 en EHRM 7 januari 2010, nr. 25965/04, *Rantsev v. Cyprus en Rusland*, par. 283.

<sup>590</sup> EHRM 1 december 2009, nr. 16081/08, *M. v. Verenigd Koninkrijk* (geschrapt).

219. Het Hof heeft voorts ook bevestigd dat slavernij aanleiding kan geven tot een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM. In de zaak *Ould Barar* erkende het Hof dat, in bepaalde omstandigheden, de verwijdering van een persoon naar een land waar er een officieel erkend regime van slavernij bestaat, een schending kan inhouden van artikel 3 EVRM.<sup>591</sup> In de zaak *Rantsev* stelde het Hof “*it is clear that the use of violence and the ill-treatment of victims are common features of trafficking.*”<sup>592</sup> Volgens het Hof houdt elke onmenselijke of vernederende behandeling dat een slachtoffer van mensenhandel ondergaat dan ook op inherente wijze verband met mensenhandel en uitbuiting. De grieven onder artikel 3 EVRM werden in de zaak *Rantsev* daarom niet apart behandeld maar onderzocht in het kader van de grief onder artikel 4 EVRM.

c.) Andere absolute rechten

220. De rechtsleer meent dat het non-refoulementbeginsel eveneens andere absolute normen beschermt. Zo suggereert WOUTERS dat ook artikel 7 EVRM (geen straf zonder wet)<sup>593</sup> en artikel 4 Protocol nr. 7 (*ne bis in idem*)<sup>594</sup> eveneens een verbod op refoulement inhouden. Naar zijn mening zou het logisch zijn om dit te aanvaarden omdat deze bepalingen eveneens een fundamentele waarde belichamen en eveneens een absoluut karakter hebben.<sup>595</sup> Dit standpunt werd vooralsnog niet in de rechtspraak van het Hof bevestigd.

---

<sup>591</sup> EHRM 19 januari 1999, nr. 42367/98, *Ould Barar v. Zweden* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>592</sup> EHRM 7 januari 2010, nr. 25965/04, *Rantsev v. Cyprus en Rusland*, par. 252.

<sup>593</sup> Deze mening wordt gedeeld door N. MOLE en C. MEREDITH, *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2010, 98-99.

<sup>594</sup> Deze mening wordt gedeeld door N. MOLE en C. MEREDITH, *Asylum and the European Convention on Human Rights*, supra noot 593, 99-100.

<sup>595</sup> K. WOUTERS, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, supra noot 335, 358.

### B. *Non-refoulement en relatieve rechten in het EVRM*

221. In tegenstelling tot absolute rechten, is het Hof terughoudender om een verantwoordelijkheid tot bescherming tegen refoulement vast te stellen in hoofde van de verdragsluitende Staten, wanneer de verwijdering van een vreemdeling wordt aangeklaagd op basis van een vermeende schending van andere, relevatieve rechten uit het EVRM. Het Hof zal een hoge drempel hanteren vooraleer vast te stellen dat het terugsturen van een vreemdeling een voldoende schending oplevert van een relatief recht.

#### a.) Artikel 6 EVRM: het recht op een eerlijk proces – flagrante rechtsweigering

222. Volgens de rechtspraak van het Hof kan een schending van artikel 6 EVRM uitzonderlijk voorkomen in een verwijderingszaak wanneer er omstandigheden zijn waarin de vreemdeling een flagrante rechtsweigering heeft geleden of riskeert te lijden in het ontvangende land.<sup>596</sup>

Dit beginsel werd voor het eerst door het Hof aanvaard in de zaak *Soering*, waar het Hof verklaarde dat ook schendingen onder artikel 6 EVRM aanleiding kunnen geven tot non-refoulement: “*The Court does not exclude that an issue might exceptionally be raised under Article 6 (art. 6) by an extradition decision in circumstances where the fugitive has suffered or risks suffering a flagrant denial of a fair trial in the requesting country.*”<sup>597</sup> De drempel werd echter hoog gesteld: er moet sprake zijn van uitzonderlijke omstandigheden en een risico op een flagrante rechtsweigering. Wellicht is een verklaring hiervoor te vinden in het feit dat artikel 6 EVRM, in tegenstelling tot artikel 3 EVRM, geen absolute bepaling is; artikel 15 EVRM laat toe dat van artikel 6 EVRM wordt afgeweken in oorlogstijd of in geval van eender welke andere algemene noodtoestand.

223. Het Hof heeft herhaaldelijk bevestigd dat artikel 6 EVRM een prominente plaats inneemt in een democratische maatschappij<sup>598</sup> en dat zowel bij uitlevering als bij verwijdering van een vreemdeling er rekening moet worden gehouden met een verbod op refoulement onder artikel 6 EVRM. Zelfs het wettelijk doel om een gemeenschap te beschermen tegen ernstige bedreigingen van internationaal terrorisme kan geen maatregelen rechtvaardigen die de essentie van een eerlijk proces zoals gewaarborgd door artikel 6 EVRM volledig teniet doen.<sup>599</sup>

224. In de rechtspraak van het Hof werd het begrip ‘flagrante rechtsweigering’ gelijkgesteld met een proces dat manifest tegenstrijdig is met de bepaling van artikel 6 of de beginselen die daarin worden belichaamd.<sup>600</sup> Het begrip werd nog niet in precieze termen gedefinieerd, maar het Hof heeft in een aantal arresten al wel indicaties gegeven van bepaalde vormen van oneerlijkheid die gelijkgesteld kunnen worden aan flagrante rechtsweigering. Uit de zaak *Drozd en Janousek v. Frankrijk en Spanje* blijkt dat er van een zulke flagrante rechtsweigering sprake is wanneer: “*in the case of a serious and flagrant breach of (...) the fundamental rights of the defence, such as to deprive the judgment of legal validity.*”<sup>601</sup> Uit de onontvankelijkheidsbeslissing *Einhorn v. Frankrijk* kan worden afgeleid dat een flagrante

---

<sup>596</sup> EHRM 17 januari 2012, nr. 8139/09, *Othman (Abu Qatada) v. Verenigd Koninkrijk*, par. 258.

<sup>597</sup> EHRM 7 juli 1989, nr. 14038/88, *Soering v. Verenigd Koninkrijk*, par. 113. In casu kon het Hof uit de feiten en omstandigheden van de zaak een dergelijk risico niet afleiden.

<sup>598</sup> EHRM 7 juli 1989, nr. 14038/88, *Soering v. Verenigd Koninkrijk*, par. 113 en bevestigd in o.m. EHRM 4 februari 2005, nr. 46827/99 en 6951/99, *Mamatkulov en Askarov v. Turkije*, par. 88; EHRM 17 januari 2012, nr. 8139/09, *Othman (Abu Qatada) v. Verenigd Koninkrijk*, par. 258.

<sup>599</sup> EHRM 20 februari 2007, nr. 35865/03, *Al-Moayad v. Duitsland* (onontvankelijkheidsbeslissing), par. 101.

<sup>600</sup> EHRM 17 januari 2012, nr. 8139/09, *Othman (Abu Qatada) v. Verenigd Koninkrijk*, par. 258.

<sup>601</sup> EHRM 26 juni 1992, nr. 12747/87, *Drozd en Janousek v. Frankrijk en Spanje*, par. 109.

rechtswijgering plaatsvindt wanneer er na een veroordeling bij verstek er vervolgens geen mogelijkheid is tot een nieuw proces.<sup>602</sup> In de zaak *Al-Moayad v. Duitsland* verduidelijkte het Hof dat een opsluiting zonder toegang tot een onafhankelijk en onpartijdig rechtscollege dat de wettelijkheid van de opsluiting kan beoordelen, een flagrante rechtswijgering uitmaakt, net zoals de opzettelijke en systematische wijgering van toegang tot een advocaat, in het bijzonder voor een individu opgesloten in een vreemd land.<sup>603</sup> In de zaak *Bader en Kanbor v. Zweden*, oordeelde het Hof dat een korte rechtspleging die wordt gevoerd met een totale veronachtzaming voor de rechten van de verdediging, een flagrante wijgering van een eerlijk proces uitmaakt.<sup>604</sup>

225. Hoewel een theoretische mogelijkheid werd opengesteld in de zaak *Soering*, werd gedurende lange tijd door het Hof geen flagrante rechtswijgering in verwijderingszaken vastgesteld, soms omdat de schending niet voldoende ‘flagrant’ was<sup>605</sup>, maar meestal omdat er geen ernstige gronden werden aangevoerd die een reëel risico op een schending van artikel 6 EVRM aantoonde.<sup>606</sup> Dit gegeven wijst erop dat om een flagrante rechtswijgering vast te stellen, het Hof een strikte test van oneerlijkheid hanteert (“*a stringent test of unfairness*”). Volgens het Hof betekent een flagrante rechtswijgering meer dan louter onregelmatigheden of een gebrek aan waarborgen in gerechtelijke procedures. Wat is vereist is een schending van de beginselen inzake een eerlijk proces, gewaarborgd door artikel 6, die zo fundamenteel is dat ze gelijk staat met een nietigverklaring of vernietiging van de absolute essentie van het recht op een eerlijk proces.<sup>607</sup>

226. In de zaak *Othman* oordeelde het Hof dat, na een veroordeling bij verstek, het toelaten van bewijs dat door foltering was verkregen op een nieuw proces, een flagrante rechtswijgering uitmaakte.<sup>608</sup> Omdat er geen waarborgen waren dat Jordanië dit bewijs, verkregen door foltering, niet zou gebruiken in een nieuw proces tegen Othman, besloot het Hof, voor de eerste keer in zijn rechtspraak, dat zijn deportatie naar Jordanië aanleiding zou geven tot een schending van het refolementverbod onder artikel 6 EVRM.

#### b.) Andere relatieve rechten uit in het EVRM

227. Het Hof werd eveneens geconfronteerd met de vraag of andere relatieve rechten uit het EVRM, buiten artikel 6 EVRM, aanleiding kunnen geven tot bescherming tegen refolement.

228. Zo werd reeds een aantal keer aangevoerd dat het terugsturen van een vreemdeling, naast een schending van artikel 6 EVRM, eveneens zou leiden tot een willekeurige arrestatie en vasthouding in schending van artikel 5 EVRM. Het Hof behandelde de grieven onder artikelen 5 en 6 EVRM gezamenlijk en herinnerde eraan dat, in uitzonderlijke omstandigheden, het terugsturen van een vreemdeling een schending kan opleveren van artikel 6 EVRM, maar het voegde eraan toe dat: “*Whether an issue could be raised by the prospect of arbitrary detention contrary to Article 5 is even less clear.*”<sup>609</sup> Hoewel het Hof

<sup>602</sup> EHRM 16 oktober 2001, nr. 71555/01, *Einhorn v. Frankrijk* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>603</sup> EHRM 20 februari 2007, nr. 35865/03, *Al-Moayad v. Duitsland* (onontvankelijkheidsbeslissing), par. 101.

<sup>604</sup> EHRM 8 november 2005, nr. 13284/04, *Bader en Kanbor v. Zweden*, par. 47.

<sup>605</sup> Zie EHRM 4 februari 2005, nr. 46827/99 en 6951/99, *Mamatkulov en Askarov v. Turkije*, par. 91: Het feit dat de verzoekers niet zelf een eigen advocaat hebben kunnen kiezen, maar een advocaat toegewezen kregen, is volgens het Hof weliswaar een onregelmatigheid in het proces maar echter geen voldoende flagrante schending van art. 6 EVRM.

<sup>606</sup> Zie o.m. EHRM 20 februari 2007, nr. 35865/03, *Al-Moayad v. Duitsland* (onontvankelijkheidsbeslissing), par. 107; EHRM 2 maart 2010, nr. 61498/08, *Al-Sadoon en Mufdhi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 150 en EHRM 4 mei 2010, nr. 56588/07, *Stapleton v. Ierland*, par. 26.

<sup>607</sup> EHRM 17 januari 2012, nr. 8139/09, *Othman (Abu Qatada) v. Verenigd Koninkrijk*, par. 258-262.

<sup>608</sup> EHRM 17 januari 2012, nr. 8139/09, *Othman (Abu Qatada) v. Verenigd Koninkrijk*, par. 263-285.

<sup>609</sup> EHRM 14 oktober 2003, nr. 17837/03, *Tomic v. Verenigd Koninkrijk* (onontvankelijkheidsbeslissing) en EHRM 22 juni 2004, nr. 17341/03, *F. v. Verenigd Koninkrijk* (onontvankelijkheidsbeslissing).



terughoudender is en meent dat de bescherming tegen refoulement op basis van artikel 5 EVRM ‘minder duidelijk’ is dan de bescherming tegen refoulement op basis van artikel 6 EVRM, is het wel duidelijk dat het Hof, althans theoretisch en bij uitzondering, deze mogelijkheid niet uitsluit.

In de zaak *Bankovic* stelde het Hof: “*Reference has been made in the Court’s case-law (...) to situations where the extradition or expulsion of a person by a Contracting State may give rise to an issue under Articles 2 and/or 3 (or, exceptionally, under Articles 5 and / or 6) and hence engage the responsibility of that State under the Convention (...).*”<sup>610</sup> In de zaak *Othman* bevestigt het Hof uiteindelijk en op uitdrukkelijke wijze dat, ondanks de vroeger geuite twijfels, artikel 5 toch van toepassing kan zijn in een verwijderingszaak.<sup>611</sup>

229. Een verdragsluitende Staat kan dus artikel 5 EVRM schenden indien het een vreemdeling verwijderd naar een Staat waar hij wordt blootgesteld aan een reëel risico op een flagrante schending van artikel 5. Net zoals bij artikel 6 EVRM, is het feit dat ook t.a.v. artikel 5 EVRM (minstens) aan de hogere drempel van een flagrante schending moet worden voldaan. Een flagrante schending van artikel 5 EVRM zou, volgens het Hof, enkel plaatsvinden wanneer, bijvoorbeeld, “*the receiving State arbitrarily detained an applicant for many years without any intention of bringing him or her to trial. A flagrant breach of Article 5 might also occur if an applicant would be at risk of being imprisoned for a substantial period in the receiving State, having previously been convicted after a flagrantly unfair trial.*”<sup>612</sup> Bij gebrek aan feiten die een concrete indicatie inhielden van een risico op schending van artikel 5 EVRM alsook door een ontoereikend flagrant niveau van schending, heeft het Hof tot nu toe nog geen schending van artikel 5 EVRM vastgesteld bij de verwijdering van vreemdelingen.<sup>613</sup>

230. Ook op artikel 8 EVRM is al een aantal keer beroep gedaan in het kader van non-refoulement, waarbij voornamelijk werd aangevoerd dat een verwijdering tot een schending zou leiden van het recht op de eerbiediging van het privéleven van de vreemdeling in zijn land

---

<sup>610</sup> EHRM 12 december 2001, nr. 52207/99, *Bankovic e.a. v. België e.a.* (onontvankelijkheidsbeslissing), par. 68 [eigen nadruk]. In de context van strafrechtelijk veroordeelde vreemdelingen die worden overgedragen naar hun land van herkomst om daar hun gevangenisstraf uit te zitten, stelde het Hof dat “*Nevertheless, the Court does not exclude the possibility that a flagrantly longer de facto term of imprisonment in the administering state could give rise to an issue under Article 5, and hence engage the responsibility of the sentencing State under that Article. However, the sentencing State could only be responsible for consequences which were foreseeable at the time when the transfer decisions were taken.*” EHRM 26 oktober 2006, nr. 22318/02, *Csoszanski v. Zweden* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>611</sup> EHRM 17 januari 2012, nr. 8139/09, *Othman (Abu Qatada) v. Verenigd Koninkrijk*, par. 233.

<sup>612</sup> EHRM 17 januari 2012, nr. 8139/09, *Othman (Abu Qatada) v. Verenigd Koninkrijk*, par. 232-33. Het Hof bouwt verder op de rechtspraak in de zaak *Al-Moayad*: indien een opsluiting zonder toegang tot een onafhankelijk en onpartijdig rechtscollege dat de wettelijkheid van de opsluiting kan beoordelen, een flagrante rechtswegering uitmaakt en dus een schending van art. 6 EVRM, dan zou het onlogisch zijn om te stellen dat een vreemdeling die een opsluiting riskeert zonder enige vorm van proces niet kan steunen op artikel 5 EVRM om zijn verwijdering te voorkomen. Evenzeer kan zich een situatie voordoen waarin de vreemdeling reeds veroordeeld werd in de ontvangende Staat na een flagrant oneerlijk proces en hij wordt uitgeleverd om zijn gevangenisstraf uit te zitten.

<sup>613</sup> Zo oordeelde het Hof in EHRM 14 oktober 2003, nr. 17837/03, *Tomic v. Verenigd Koninkrijk* (onontvankelijkheidsbeslissing): “*the Court does not find that the risk of arbitrary or unfair procedures reaches the flagrant level necessary for the threatened expulsion to raise issues under Articles 5 or 6.*” In EHRM 17 januari 2012, nr. 8139/09, *Othman (Abu Qatada) v. Verenigd Koninkrijk*, par. 235, stelde het Hof dat “*50 days’ detention falls short of the length of detention required for a flagrant breach of Article 5 and, consequently, there would be no violation of this Article if the applicant were deported to Jordan.*” Zie ook M. den HEIJER, “Whose Rights and Which Rights? The Continuing Story of Non-Refoulement Under the European Convention on Human Rights”, *EJML* 2008, 283. Van belang zijn twee zaken die het Hof behandelde naar aanleiding van klachten van twee asielzoekers tegen Malta over de willekeurige toepassing van detentie, de duur van de detentie en het ontbreken van een rechterlijke toetsing van de detentie op korte termijn in Malta. In beide zaken stelde het Hof vast dat door Malta een schending van artikel 5, lid 1 en lid 4 EVRM werd begaan. Er kan op basis van deze twee uitspraken geargumenteed worden dat omwille van de willekeurige detentie en de langdurige detentie, een flagrante schending van artikel 5 EVRM kan worden vastgesteld, enerzijds, en omwille van de omstandigheden van detentie, anderzijds, een schending van artikel 3 EVRM kan worden vastgesteld, die aanleiding geven tot non-refoulement naar Malta. Zie EHRM 23 juli 2013, nr. 42337/12, *Suso Musa v. Malta* en EHRM 23 juli 2013, nr. 55352/12, *Aden Ahmed v. Malta*.

van herkomst.<sup>614</sup> In het kader van geestelijke aandoeningen werd aldus geargumenteed dat de verwijdering naar het land van herkomst, omwille van de geestelijke aandoening van de vreemdeling, een ernstig schadelijk effect zou hebben op het privéleven van de vreemdeling, met name zijn geestelijke en fysieke integriteit, en dus een ongerechtvaardigde inmenging zou vormen in zijn privéleven. Volgens het Hof zal niet elke handeling of maatregel die nadelig uitvalt voor de geestelijke of fysieke integriteit, een ongerechtvaardigde inmenging vormen op het recht op eerbiediging van het privéleven, gewaarborgd door artikel 8 EVRM. Het Hof sluit echter niet uit dat een handeling die niet het niveau van hardheid bereikt dat wordt vereist onder artikel 3 EVRM, niettemin toch artikel 8 EVRM zou kunnen schenden wanneer er voldoende nadelige effecten zijn op de fysieke en geestelijke integriteit.<sup>615</sup> ‘Privéleven’ is een breed begrip en niet onderhevig aan een exhaustieve definitie: elementen zoals genderidentificatie en seksuele oriëntatie maken belangrijke elementen uit van de persoonlijke levenssfeer zoals beschermd door artikel 8 EVRM. De geestelijke gezondheid moet eveneens worden aanzien als een cruciaal onderdeel van het privéleven en wordt verbonden met het aspect van geestelijke integriteit. Artikel 8 EVRM beschermt het recht op identiteit en persoonlijke ontwikkeling, en het recht om relaties met andere mensen en de buitenwereld aan te gaan en te ontwikkelen. Het behoud van de geestelijke stabiliteit en gezondheid is in dat kader een onontbeerlijke voorwaarde op een effectief genot van het recht op eerbiediging van het privéleven.<sup>616</sup> In de zaak *Bensaid* oordeelde het Hof echter dat niet was bewezen dat de geestelijke integriteit van de Algerijn in kwestie, die leed aan schizofrenie en psychotische stoornissen, bij terugkeer in zijn land van herkomst voldoende aanzienlijk zou worden getroffen om binnen de draagwijdte van artikel 8 EVRM te vallen. Zelfs indien men zou aannemen dat de ontwrichting, veroorzaakt door de verwijdering van de vreemdeling naar het land van herkomst, een nadelig effect zou hebben op zijn privéleven, dan nog kan worden overwogen dat deze inmenging wettelijk, noodzakelijk en proportioneel is, aldus het Hof. Het Hof weerhield geen schending van artikel 8 EVRM.<sup>617</sup>

231. Het Hof behandelde ook een grief van een Iraanse homoseksueel die aanvoerde dat hij bij verwijdering naar Iran zou worden blootgesteld aan een schending van artikel 3 en artikel 8 EVRM in zijn land van oorsprong.<sup>618</sup> Het Hof weerhield de aangevoerde schending van artikel 3 EVRM niet omdat het verbod op het stellen van homoseksuele daden in privé-relaties niet gepaard ging met een actief vervolgingsbeleid. Er werden geen zwaarwegende gronden aangetoond die een reëel risico op een schending van artikel 3 EVRM aannemelijk maakten.<sup>619</sup>

<sup>614</sup> De vraag naar bescherming van het recht op eerbiediging van het gezins- en privéleven in het land van herkomst is dus verschillend van de vraag naar bescherming van dit recht in de verdragsluitende Staat. Dit laatste is het geval wanneer de verwijdering van de vreemdeling leidt tot een scheiding of ontbinding van het gezins- of privéleven in de verdragsluitende Staat.

<sup>615</sup> EHRM 6 februari 2001, nr. 44599/98, *Bensaid v. Verenigd Koninkrijk*, par. 46.

<sup>616</sup> EHRM 6 februari 2001, nr. 44599/98, *Bensaid v. Verenigd Koninkrijk*, par. 47.

<sup>617</sup> EHRM 6 februari 2001, nr. 44599/98, *Bensaid v. Verenigd Koninkrijk*, par. 48. Zie ook EHRM 9 januari 2001, nr. 38707/97, *Sahli v. België*: Deze zaak kende een minnelijke schikking en werd geschrapt; EHRM 10 november 2005, nr. 14492/03, *Paramsothy v. Nederland* (onontvankelijkheidsbeslissing); EHRM 17 februari 2009, nr. 27319/07, *Onur v. Verenigd Koninkrijk*, par. 60: Hoewel de vreemdeling leed aan allerlei milde aandoeningen, vond het Hof geen bewijs dat hij geen behandeling of begeleiding kon verkrijgen in Turkije; EHRM 8 april 2008, nr. 2187/06, *Nnyanzi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 77.

<sup>618</sup> EHRM 22 juni 2004, nr. 17341/03, *F. v. Verenigd Koninkrijk* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>619</sup> Zie in deze zin ook EHRM 26 juni 2014, nr. 71398/12, *M.E. v. Zweden*, par. 76-89: een afgewezen homoseksuele Libische asielzoeker dient terug te keren naar Libië om van daaruit een aanvraag in te dienen om toelating tot gezinshereniging in Zweden met zijn partner die over onbeperkt verblijfsrecht in Zweden beschikt. Hij houdt voor dat een terugkeer naar Libië een schending inhoudt van artikel 3 EVRM omwille van zijn geaardheid. Hoewel het Hof rekening houdt met het taboe op homoseksualiteit dat wordt aanzien als een immorele activiteit tegen de Islam, stelt het Hof dat er onvoldoende bewijs is dat de Libische overheden actief homoseksuelen vervolgen. De beslissing van de verzoeker om zijn geaardheid te verhullen voor zijn familie, houdt volgens het Hof in dat de verzoeker een actieve keuze heeft gemaakt om discreet te leven. Deze keuze wordt eerder ingegeven door privé overwegingen dan door een vrees voor vervolging. Zelfs indien de verzoeker tijdens de behandeling van zijn aanvraag tot gezinshereniging discreet zal moeten zijn in Libië over zijn privéleven, vereist dit volgens het Hof niet van de verzoeker dat hij een belangrijk deel van zijn identiteit op permanente wijze of voor een lange tijdsduur moet verbergen of onderdrukken. Hoewel de verzoeker voor enkele dagen naar Algerije, Tunesië of Egypte zal moeten reizen, wegens gebrek aan een

Het verbod in Iran op het stellen van homoseksuele handelingen met wederzijdse toestemming, zou volgens de verzoekers eveneens een schending inhouden van zijn fysieke en morele integriteit en dus een ongerechtvaardigde inmenging vormen in zijn privéleven. Het Hof antwoordde hierop: *“Insofar as it is apparent that he would live under a ban against homosexual adult consensual relations, which would in Contracting states disclose a violation of Article 8 of the Convention, the Court observes that its case-law has found responsibility attaching to Contracting States in respect of expelling persons who are at risk of treatment contrary to Articles 2 and 3 of the Convention. This is based on the fundamental importance of these provisions, whose guarantees it is imperative to render effective in practice. Such compelling considerations do not automatically apply under the other provisions of the Convention. On a purely pragmatic basis, it cannot be required that an expelling Contracting State only return an alien to a country which is in full and effective enforcement of all the rights and freedoms set out in the Convention.”*<sup>620</sup>

232. Het Hof maakt hier dus een duidelijk onderscheid tussen de rechten beschermd door artikelen 2 en 3 EVRM, enerzijds, en andere rechten in het EVRM, anderzijds. Het fundamenteel belang van artikelen 2 en 3 EVRM geeft op dwingende wijze aanleiding tot een automatische verantwoordelijkheid van de verdragsluitende Staten bij het verwijderen van vreemdelingen. Deze verantwoordelijkheid vloeit daarentegen niet automatisch voort uit andere rechten uit het EVRM. Het is dus mogelijk dat het Hof bij de beoordeling van zgn. ‘interne situaties’, enerzijds, besluit dat er sprake is van een schending van artikel 8 EVRM (zie de zaak *Dudgeon* waarin het Hof besloot dat een verbod op homoseksualiteit een schending inhield van art. 8 EVRM<sup>621</sup>), en bij de beoordeling van gelijkaardige ‘externe situaties’, anderzijds, besluit dat er geen schending is van artikel 8 EVRM (zie de onontvankelijkheidsbeslissing in *F. v. Verenigd Koninkrijk*). Immers, bij het beoordelen van ‘externe situaties’, m.n. de behandeling van een vreemdeling in een derde land, zal het Hof een bijkomende en hogere drempel hanteren vooraleer te besluiten dat er sprake is van een schending.<sup>622</sup>

233. In casu oordeelde het Hof dat: *“in the circumstances of this case that it has not been established that the applicant’s moral integrity would be substantially affected to a degree falling within the scope of Article 8 of the Convention.”*<sup>623</sup> Met andere woorden, bescherming tegen refolement op basis van artikel 8 EVRM kan enkel wanneer de vermeende schending in het land van oorsprong aan een hoge drempel voldoet, m.n. de fysieke en/of morele integriteit moet aanzienlijk worden getroffen. Een louter verbod op het stellen van homoseksuele handelingen beschouwt het Hof, in ‘externe situaties’ althans, niet als voldoende rechtvaardigingsgrond om het non-refolementbeginsel in te roepen.<sup>624</sup>

---

Zweedsse vertegenwoordiging in Libië, zal de verzoeker volgens het Hof tijdens deze korte tijdsperiode niet worden blootgesteld aan vervolging. Rechter Power Forde meent in haar *dissenting opinion* dat de redenering van het Hof gebrekkig is: *“With this judgment, the Strasbourg Court introduces a new test of ‘duration’ that is not to be found elsewhere in comparative European law. (...) What counts (...) is the fact of having to exercise greater restraint and reserve than would be required of a heterosexual in the expression of sexual orientation – and not the length of time for which the discriminatory restraint and reserve would have to be endured.”* Zij besluit: *“Having to hide a core aspect of personal identity cannot be reduced to a tolerable bother; it is an affront to human dignity – an assault upon personal authenticity. Sexual orientation is fundamental to an individual’s identity and conscience and no one should be forced to renounce it – even for a while. Such a requirement of forced reserve and restraint in order to conceal who one is, is corrosive of personal integrity and human dignity.”*

<sup>620</sup> EHRM 22 juni 2004, nr. 17341/03, *F. v. Verenigd Koninkrijk* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>621</sup> EHRM 22 oktober 1981, nr. 7525/76, *Dudgeon v. Verenigd Koninkrijk*.

<sup>622</sup> Zie in deze zin ook M. DEN HEIJER, “Whose Rights and Which Rights? The Continuing Story of Non-Refolement Under the European Convention on Human Rights”, supra noot 613, 283 en K. WOUTERS, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, supra noot 335, 351.

<sup>623</sup> EHRM 22 juni 2004, nr. 17341/03, *F. v. Verenigd Koninkrijk* (ontvankelijkheidsbeslissing). Zie ook EHRM 14 oktober 2003, nr. 17837/03, *Tomic v. Verenigd Koninkrijk* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>624</sup> Vergelijk de EHRM zaken *F. v. Verenigd Koninkrijk* en *M.E. v. Zweden* met HvJ 7 november 2013, gevoegde zaken C-199/12, C-200/12 en C-201/12, X., Y en Z. Het HvJ oordeelde dat het bestaan van strafrechtelijke

234. Met betrekking tot artikel 9 EVRM (vrijheid van godsdienst) stelt de rechtspraak van het Hof dat artikel 9, op onafhankelijke wijze, weinig tot geen bescherming kan bieden tegen refoulement.<sup>625</sup> De reden hiervoor werd verduidelijkt in de zaak *Z en T v. Verenigd Koninkrijk*, waarin het Hof bevestigt dat vrijheid van godsdienst een van de grondvesten van een democratische samenleving vormt. Het Hof vervolgt echter: *“This is however first and foremost the standard applied within the Contracting States, which are committed to democratic ideals, the rule of law and human rights. The Contracting States nonetheless have obligations towards those from other jurisdictions, imposed variously under the 1951 United Nations Convention on the Status of Refugees and under the above-mentioned Articles 2 and 3 of the Convention. As a result, protection is offered to those who have a substantiated claim that they will either suffer persecution for, inter alia, religious reasons or will be at real risk of death or serious ill-treatment, and possibly flagrant denial of a fair trial or arbitrary detention, because of their religious affiliation (as for any other reason). Where however an individual claims that on return to his own country he would be impeded in his religious worship in a manner which falls short of those proscribed levels, the Court considers that very limited assistance, if any, can be derived from Article 9 by itself. Otherwise it would be imposing an obligation on Contracting States effectively to act as indirect guarantors of freedom of worship for the rest of world.”*<sup>626</sup>

235. Er moet daarom aan een hoge drempel worden voldaan vooraleer een schending van artikel 9 EVRM aanleiding kan geven tot bescherming tegen refoulement. Het Hof vervolgt: *“if, for example, a country outside the umbrella of the Convention were to ban a religion but not impose any measure of persecution, prosecution, deprivation of liberty or ill-treatment,*

---

bepalingen die specifiek tegen homoseksuelen zijn gericht, de vaststelling rechtvaardigt dat homoseksuelen moeten worden geacht een specifieke sociale groep te vormen. Evenwel vormt de enkele strafbaarstelling van homoseksuele handelingen als zodanig geen daad van vervolging in de zin van de Kwalificatierichtlijn 2004. Daarentegen moet een gevangenisstraf voor homoseksuele handelingen die daadwerkelijk wordt toegepast in het land van herkomst dat deze strafbepaling heeft vastgesteld, worden geacht een onevenredige of discriminerende bestraffing en dus een daad van vervolging te vormen. Enkel homoseksuele handelingen die volgens het nationale recht van de lidstaten strafbaar zijn, zijn van de werkingssfeer van de Kwalificatierichtlijn 2004 uitgesloten. In de zaak *M.E.* van het EHRM brengt deze stelling van het HvJ, rechter De Gaetano ertoe om in een separate opinion te stellen dat: *“The reference to the judgement of the ECJ in the names Minister voor Immigratie en Asiel v. X, Y and Z in paragraph 50 is totally unnecessary for the determination of the present case. The controversial statement (admittedly made in the specific context of Council Directive 2004/83/EC) to the effect that “the criminalisation of homosexual acts per se does not constitute an act of persecution” could be seen as somehow undermining the standards set by the Court as far back as the 1980’s in connection with the criminalisation of homosexual acts and the resulting violation of Article 8 (see *Dudgeon v. the United Kingdom* no. 7525/76, 22 October 1981, §§ 40 to 46; *Norris v. Ireland* no. 10581/83, 26 October 1988, §§ 38 and 46 to 47) and the consequent irrelevance, for the purpose of a violation of fundamental human rights, of whether or not such laws are in fact applied or applied sporadically.”*

Verder oordeelde het HvJ dat bij de beoordeling van een verzoek om erkenning als vluchteling kunnen de bevoegde autoriteiten redelijkerwijs niet verwachten dat de asielzoeker, ter vermijding van het risico van vervolging, in zijn land van herkomst zijn homoseksualiteit geheim houdt of zich bij de invulling van die seksuele gerichtheid terughoudend opstelt. Dit contrasteert dan weer met de beoordeling van het EHRM in de zaak *M.E.* dat het aanhouden van een discreet gedrag gedurende een korte tijdsspanne geen schending van artikel 3 EVRM uitmaakt.

Zie ook de scherpe analyse van M. FRASER, “LGBTI asylum seekers: discord between the European Courts?”, juli 2014, [www.asylumlawdatabase.eu](http://www.asylumlawdatabase.eu).

<sup>625</sup> Zie in die zin EHRM 11 maart 2003, nr. 64599/01, *Razaghi v. Zweden* (onontvankelijkheidsbeslissing): *“As regards the applicant’s right to freedom of religion, the Court observes that, in so far as any alleged consequence in Iran of the applicant’s conversion to Christianity attains the level of treatment prohibited by Article 3 of the Convention, it is dealt with under that provision. The Court considers that the applicant’s expulsion cannot separately engage the Swedish Government’s responsibility under Article 9 of the Convention.”*; EHRM 12 oktober 2004, nr. 34566/04, *Gomes v. Zweden* (gedeeltelijke (on)onontvankelijkheidsbeslissing): *“The Court notes firstly that the applicant has not claimed that his rights under Article 9 of the Convention were violated in Sweden. The issue raised by the complaint is thus whether the expulsion of the applicant to Bangladesh could give rise to the responsibility of the Swedish Government under the instant provision for treatment to which the applicant might be subjected in Bangladesh. With regard to the applicant’s freedom of thought and religion, the Court observes that, in so far as any alleged consequence in Bangladesh of the applicant’s religion or political activity attains the level of treatment prohibited by Articles 2 or 3 of the Convention, it is dealt with under those provisions. The Court considers that the applicant’s expulsion cannot separately engage the Swedish Government’s responsibility under Article 9 of the Convention.”*

<sup>626</sup> EHRM 28 februari 2006, nr. 27034/05, *Z. en T. v. Verenigd Koninkrijk* (onontvankelijkheidsbeslissing).

*the Court doubts that the Convention could be interpreted as requiring a Contracting State to provide the adherents of that banned sect with the possibility of pursuing that religion freely and openly on their own territories.*"<sup>627</sup> De enkele belemmering of het enkele verbod van het uitoefenen van een godsdienst voldoet niet aan die hoge drempel. Daarmee wil het Hof niet geheel uitsluiten dat artikel 9 EVRM aanleiding kan geven tot non-refoulement. Hiervan zal enkel sprake zijn in uitzonderlijke gevallen waar er sprake is van een flagrante schending van het recht op vrijheid van godsdienst. Evenwel volgens het Hof "*it would be difficult to visualise a case in which a sufficiently flagrant violation of Article 9 would not also involve treatment in violation of Article 3 of the Convention*".<sup>628</sup>

Omdat in casu de verzoekers niet aantoonde dat ze persoonlijk een reëel risico liepen op een flagrante schending van artikel 9 EVRM, sprak het Hof zich niet verder ten gronde uit. Deze rechtspraak laat toe om te besluiten dat enkel waar een reëel risico bestaat op een flagrante schending van artikel 9 EVRM, meer bepaald waar een schending van artikel 9 dat niveau van onmenselijke behandeling bereikt dat wordt verboden door artikel 3 EVRM, de verdragsluitende Staten wel verplicht zijn om bescherming tegen refoulement te bieden.<sup>629</sup>

---

<sup>627</sup> EHRM 28 februari 2006, nr. 27034/05, *Z. en T. v. Verenigd Koninkrijk* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>628</sup> EHRM 28 februari 2006, nr. 27034/05, *Z. en T. v. Verenigd Koninkrijk* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>629</sup> Zie N. HERVIEU, "Droit des étrangers (art. 3 et 13 CEDH) : Une progression sans révolution dans l'appréhension européenne des persécutions religieuses", Lettre ADL du CREDOF, 11 juni 2013. Vergelijk in deze zin HvJ 5 september 2012, gevoegde zaken C-71/11 en C-99/11, *Bondsrepubliek Duitsland v. Y en Z*. In het arrest overweegt het Hof dat niet elke aantasting van het recht op godsdienstvrijheid een daad van vervolging is, in de zin van de Kwalificatierichtlijn 2004, en dat bij de beoordeling van de vraag of een aantasting van het recht op godsdienstvrijheid een daad van vervolging is, zal moeten worden onderzocht of – gelet op de persoonlijke situatie van de betrokken asielzoekende derdelander – die asielzoekende derdelander om redenen van de uitoefening van die vrijheid in zijn land van herkomst een werkelijk gevaar loopt om met name te worden vervolgd of te worden onderworpen aan onmenselijke of vernederende behandelingen of straffen. Niet elke aantasting van het recht op godsdienstvrijheid vormt een daad van vervolging. Een "ernstige schending" van het recht op godsdienstvrijheid die de betrokken persoon op een aanzienlijke wijze treft, is noodzakelijk opdat de betrokken handelingen zouden kunnen worden geacht een vervolging te vormen. Volgens het Hof zijn aldus bij voorbaat uitgesloten handelingen die bij de wet gestelde beperkingen vormen op de uitoefening van het grondrecht op godsdienstvrijheid. De handelingen die weliswaar het recht op godsdienstvrijheid schenden maar waarbij die schending niet voldoende ernstig is om ze op een lijn te stellen met een schending van absolute grondrechten van de mens, kunnen evenmin worden geacht een daad van vervolging te vormen. Nationale overheden dienen elke soort aantasting van het grondrecht van godsdienstvrijheid te toetsen om te bepalen of die aantastingen door hun aard of doordat zij zo vaak voorkomen voldoende ernstig zijn om te worden geacht een vervolging te vormen. Om concreet te bepalen welke handelingen kunnen worden geacht een daad van vervolging te vormen, is het niet relevant om een onderscheid te maken tussen handelingen die een 'kerngebied' ('forum internum') van het grondrecht op godsdienstvrijheid aantasten, waaronder niet de godsdienstige activiteiten in het openbaar ('forum externum') vallen, en die welke dit gestelde 'kerngebied' niet aantasten. Dit onderscheid is niet verenigbaar met de ruime uitlegging die de Kwalificatierichtlijn 2004 aan het begrip 'godsdienst' geeft door al zijn bestanddelen in aanmerking te nemen, ongeacht of die openbaar of privé, gemeenschappelijk of individueel zijn. De handelingen die een 'ernstige schending' kunnen vormen, omvatten zwaarwichtige handelingen die niet enkel de vrijheid van de verzoeker aantasten om zijn overtuiging in besloten kring te beleven, maar ook om deze in het openbaar te belijden. Een daad van vervolging kan derhalve het resultaat zijn van een aantasting van de uiterlijke beleving van die vrijheid. Dit betekent dat handelingen die door hun intrinsieke zwaarwichtigheid samen met de zwaarwichtige gevolgen ervan voor de betrokken persoon kunnen worden geacht een vervolging te vormen, niet moeten worden geïdentificeerd op basis van het onderdeel van de godsdienstvrijheid dat zij aantasten, maar op basis van de aard van de onderdrukking waaraan de betrokkene wordt onderworpen en van de gevolgen ervan. De zwaarwichtigheid van de maatregelen en de sancties die tegen de betrokkene zijn genomen of kunnen worden genomen bepalen dus of een schending van het recht op godsdienstvrijheid een daad van vervolging vormt.

Bijgevolg kan een schending van het recht op godsdienstvrijheid een vervolging vormen wanneer de betrokkene wegens de uitoefening van die vrijheid in zijn land van herkomst een werkelijk gevaar loopt om met name te worden vervolgd of te worden onderworpen aan onmenselijke of vernederende behandelingen. Het Hof oordeelde dat een individuele risico-beoordeling plaats dient hebben in overeenstemming met de medewerkingsplicht waarbij een aantal objectieve en subjectieve factoren in overweging moeten worden genomen. Aangezien het begrip "godsdienst" ook de deelneming aan formele erediensten in openbare sfeer, alleen of in gemeenschap met anderen, omvat, kan het verbod op een dergelijke deelneming een voldoende ernstige schending vormen en dus een daad van vervolging uitmaken wanneer het verbod op een dergelijke deelneming een werkelijk gevaar voor de verzoeker doet ontstaan om met name te worden vervolgd of te worden onderworpen aan onmenselijke of vernederende behandelingen. Het Hof overweegt voorts dat de vrees voor vervolging van een asielzoeker gegrond is, zodra in redelijkheid kan worden aangenomen dat hij bij terugkeer in zijn land van herkomst godsdienstige handelingen zal verrichten die hem blootstellen aan een werkelijk gevaar van vervolging en dat van de asielzoeker redelijkerwijs niet mag worden verwacht dat hij van bepaalde godsdienstige handelingen of praktijken afziet, ook al is het beleven van een dergelijke godsdienstige praktijk voor de betrokken religieuze gemeenschap niet bepalend.

### **§ 3. Gevolgen verbonden aan het non-refoulementbeginsel onder het EVRM: de inhoud van de verleende bescherming en de toegang tot bescherming**

#### **A. Verbod op verwijdering**

236. Hoewel het Hof het prerogatief van Staten inzake migratiecontrole (zowel wat betreft de toegang tot en verblijf op het grondgebied als de verwijdering van het grondgebied) als een beginsel van internationaal recht steeds bevestigt, heeft het Hof in zijn uitgebreide rechtspraak ook aangegeven dat dit prerogatief wordt beperkt door het verbod op refoulement. De verantwoordelijkheid van de verdragsluitende Staten om personen te beschermen tegen refoulement, impliceert in hoofddorde een negatieve verplichting in hoofde van de verdragsluitende Staten, m.n. een verbod: verdragsluitende Staten moeten zich onthouden van een rechtstreeks of onrechtstreeks gedwongen verwijdering van personen onder hun rechtsmacht naar een land wanneer en zolang er een risico bestaat dat ze zullen worden blootgesteld aan slechte behandeling of een ernstige schending van de rechten en vrijheden onder het EVRM. Twee elementen zijn hierbij belangrijk, m.n. 'rechtsmacht' en 'gedwongen verwijdering'.

237. Het Hof heeft herhaaldelijk bevestigd dat de verantwoordelijkheid van een verdragsluitende Staat onder het EVRM alle personen onder zijn rechtsmacht omvat. In de eerste plaats betreft dit alle personen die zich fysiek op het grondgebied bevinden, ongeacht hun nationaliteit, staatloosheid, woonplaats of verblijfsstatuut.<sup>630</sup> Omdat ik mij beperk tot de bescherming van vreemdelingen die zich reeds op het grondgebied van een Staat bevinden, ga ik niet verder in op de situatie van een vreemdeling die zich aan de grens of buiten het grondgebied van een verdragsluitende Staat bevindt.<sup>631</sup>

238. In de zaak *Bonger* stelde het Hof dat in situaties waarin een verdragsluitende Staat niet plant om daadwerkelijk over te gaan tot verwijdering en er dus geen realistisch vooruitzicht is op verwijdering naar een land waar een risico bestaat op blootstelling aan slechte behandeling, het individu in beginsel niet kan beweren een 'slachtoffer' te zijn in de betekenis van artikel 34 EVRM.<sup>632</sup> In andere zaken heeft het Hof gesteld dat een vreemdeling ook geen 'slachtoffer' is wanneer de verwijderingsmaatregel niet uitvoerbaar of afdwingbaar is<sup>633</sup> of waar de uitvoering van de verwijderingsmaatregel voor onbepaalde tijd werd opgeschort of op een andere wijze van enige wettelijke kracht werd ontnomen alsook waar in beroep kan worden gegaan tegen een beslissing van de overheid om de verwijdering te laten

---

<sup>630</sup> Tot het grondgebied worden plaatsen van binnenkomst gerekend, zoals luchthavens: zie EHRM 2 mei 1997, nr. 30240/96, *D. v. United Kingdom*, par. 48: "Regardless of whether or not he ever entered the United Kingdom in the technical sense (...) it is to be noted that he has been physically present there and thus within the jurisdiction of the respondent State within the meaning of Article 1 of the Convention (...)"; alsook internationale zones of transitzones: zie EHRM 25 juni 1996, nr. 17/1995/523/609, *Amuur v. Frankrijk*, par. 52: "Despite its name, the international zone does not have extraterritorial status."

<sup>631</sup> Over het vraagstuk m.b.t. de bescherming van vreemdelingen die zich aan of buiten het grondgebied van een Staat bevinden, zie wat eerder werd besproken in de inleiding. Ik ga in dit proefschrift bijgevolg ook niet nader in op de vraag of een recht op binnenkomst geldt onder artikel 3 EVRM. Met andere woorden, hebben verdragsluitende staten een positieve verplichting om vreemdelingen toe te laten op het grondgebied wanneer er een reëel risico op refoulement bestaat?

<sup>632</sup> EHRM 15 september 2005, nr. 10154/04, *Bonger v. Nederland* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>633</sup> EHRM 27 augustus 1992, nrs. 17550/90 en 17825/91, *Vijayanathan en Pusparajah v. Frankrijk*, par. 46.

plaatsvinden.<sup>634</sup> Daarentegen stelt het Hof dat het gegeven dat een administratieve beslissing, zoals een bevel om het grondgebied te verlaten, op elk moment gedwongen kan worden uitgevoerd, voldoet om aan het rechterlijke toezicht van het Hof te worden onderworpen.<sup>635</sup>

### B. Status, verblijf en daarbij horende rechten

239. De verplichting tot niet-verwijdering van de vreemdeling heeft minstens tot gevolg dat de vreemdeling getolereerd wordt op het grondgebied van de verdragsluitende Staat zolang er geen derde land wordt gevonden dat de vreemdeling kan opvangen en zolang het reëel risico op een blootstelling aan slechte behandeling bij terugkeer naar het land van herkomst bestaat.

240. Het EVRM koppelt de plicht tot non-refoulement echter niet rechtstreeks aan de toekenning van een juridische status of een wettelijk verblijf. De vaststaande rechtspraak van het Hof luidt dat artikel 3 EVRM geen recht op politiek asiel waarborgt<sup>636</sup>, dat het Hof niet zelf de concrete asielaanvragen onderzoekt noch nagaat of de verdragsluitende Staten hun verplichtingen onder het VN-Vluchtelingenverdrag naleven.<sup>637</sup>

241. In de zaak *Bonger*, dat handelde over de situatie van een niet-verwijderbare vreemdeling uitgesloten van de vluchtelingenstatus, klaagde de vreemdeling de ontzegging van een verblijfsstatus aan. Hij voerde aan dat dit een schending van zijn mensenrechten en menselijke waardigheid inhield omdat hij niet volwaardig kon deelnemen aan de Nederlandse samenleving. Het Hof stelde evenwel duidelijk dat het EVRM geen recht op verblijf waarborgt: *“to the extent that the applicant also complains that he is denied a residence permit for as long as he is not expelled, the Court considers that this complaint must be rejected for being incompatible ratione materiae as neither Article 3 nor any other provision of the Convention and its Protocols guarantees, as such, a right to a residence permit.”*<sup>638</sup>

Hiermee herhaalde het Hof de vaste rechtspraak, m.n. dat het EVRM en de Protocolen geen recht op binnenkomst voorzien noch een recht op verblijf voor een persoon in een Staat waarvan hij geen onderdaan is.<sup>639</sup> Dit is een bevestiging door het Hof van het gegeven dat de verdragsluitende Staten, als een regel van erkend internationaal recht en behoudens hun verdragsverplichtingen, het recht hebben om de toegang, het verblijf en de verwijdering van vreemdelingen te controleren.<sup>640</sup>

242. Anderzijds veroordeelde het Hof in de zaak *M.S.*, zij het in bedekte termen, wel het gebrek aan perspectief op een verblijfsvergunning. Deze zaak had met name betrekking op een vreemdeling die betoogde dat hij bij terugkeer naar Irak zou worden blootgesteld aan een reëel risico op blootstelling aan foltering en slechte behandeling. *M.S.* werd op grond van artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag uitgesloten van de vluchtelingenstatus; eerder had het CGVS een niet-terugleidingsclausule geformuleerd. Gedurende het merendeel van zijn verblijf in België (2004-2010) werd *M.S.* echter ofwel vastgehouden in strafrechtelijke detentie of administratieve detentie ofwel onder huisarrest geplaatst omwille van redenen van openbare orde en nationale veiligheid. Uiteindelijk keerde de betrokken vreemdeling terug naar Irak.

<sup>634</sup> EHRM 13 oktober 2005, nr. 40932/02, *Yildiz v. Duitsland* (onontvankelijkheidsbeslissing); EHRM 15 januari 2007, nr. 60654/00, *Sisojeva e.a. v. Letland*, par. 93.

<sup>635</sup> EHRM 27 februari 2014, nr. 70055/10, *Josef v. België*, par. 93.

<sup>636</sup> Zie o.m. EHRM 26 september 1991, nr. 45/1990/236/302-306, *Vilvarajah e.a. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 102; EHRM 11 januari 2007, nr. 1948/04, *Salah Sheekh v. Nederland*, par. 135 en EHRM 28 juni 2011, nr. 8319/07 en 11449/07, *Sufi en Elmi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 212..

<sup>637</sup> EHRM 13 oktober 2011, nr. 10611/09, *Husseini v. Zweden*, par. 82.

<sup>638</sup> EHRM 15 september 2005, nr. 10154/04, *Bonger v. Nederland* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>639</sup> EHRM 26 april 2005, nr. 53566/05, *Muslim v. Turkey*, par. 85.

<sup>640</sup> EHRM 4 februari 2005, nr. 46827/99 en 6951/99, *Mamatkulov en Askarov v. Turkije*, par. 66.

De Belgische overheden voerden aan dat deze vreemdeling, uitgesloten van de vluchtelingenstatus, door ‘vrijwillig’ terug te keren naar Irak, afstand had gedaan van de bescherming onder artikel 3 EVRM. Het Hof meende dat hier geen sprake was van vrijwillige afstandneming: “... le requérant était placé devant les choix suivants: il pouvait décider de rester en Belgique sans aucun espoir d’y obtenir un jour le droit d’y séjourner légalement et sans perspective concrète d’y vivre en liberté; une autre option était de retourner en Irak auprès des siens tout en courant le risque d’y être arrêté et de subir des mauvais traitements en prison, une dernière option était d’aller dans un pays tiers, ce qui ne s’est pas avéré réalisable.”<sup>641</sup> Hiermee gaf het Hof te kennen dat de keuze van deze man nauwelijks een vrijwillige keuze was.

243. De soevereine bevoegdheid van de verdragsluitende Staten inzake migratiecontrole moet evenwel worden uitgeoefend binnen het kader van een rechtstaat en het EVRM. De vreemdeling geniet dus een bepaalde standaard van behandeling op basis van de rechten en vrijheden in het EVRM en de daarbij horende Protocollen. Deze worden hem toegekend, niet zozeer als gevolg van de bescherming tegen refoulement, wel omwille van zijn loutere aanwezigheid op het grondgebied van een verdragsluitende Staat. Hoewel de vreemdeling in het algemeen over het genot beschikt van alle rechten en vrijheden in het EVRM en de Protocollen, wil dit niet zeggen dat een vreemde nationaliteit of verblijfsstatuut niet meer van belang is in het EVRM. Vreemdelingen kunnen van bepaalde rechten of vrijheden uitdrukkelijk worden uitgesloten, bijvoorbeeld m.b.t. het uitoefenen van politieke activiteiten (artikel 16) of m.b.t. het recht op vrijheid en veiligheid (art. 5 (1) f). In andere gevallen is er ruimte voor de nationale wetgeving om het genot van bepaalde rechten en vrijheden t.a.v. vreemdelingen te beperken (zie bijvoorbeeld artikel 1 Protocol 1 (Bescherming van eigendom)) of is er een inmenging van openbaar gezag mogelijk (zie bijvoorbeeld de zgn. relatieve rechten in artikelen 8 tot en met 12 EVRM). Een afweging wordt dan gemaakt tussen het individueel belang en het collectief belang van het openbaar gezag op basis van de beginselen van wettelijkheid, noodzakelijkheid en evenredigheid. In een migratiecontext heeft deze belangenafweging bijzondere gevolgen voor de bescherming van de vreemdeling. Voorts mag deze beperking of inmenging ook niet strijdig zijn met het verbod op discriminatie, zoals neergelegd in artikel 14 EVRM.

244. Wanneer een status en/of een verblijfsvergunning door een verdragsluitende Staat wordt toegekend, gaat dit *de facto* vaak gepaard met de toekenning van socio-economische rechten en een recht op gezinshereniging door deze Staat. De toegang tot socio-economische rechten en voordelen kan echter niet rechtstreeks en automatisch onder het EVRM worden afgedwongen. Het EVRM en de Protocollen garanderen, aldus het Hof, geen socio-economische rechten, zoals het recht op gratis behuizing<sup>642</sup>, het recht op werk<sup>643</sup>, het recht op gratis medische bijstand of het recht op financiële bijstand.<sup>644</sup> Kortom, geen enkele bepaling van het EVRM kan worden geïnterpreteerd als “*conferring on an individual the right to enjoy any given standard of living.*”<sup>645</sup>

245. In de zaak *Muslim* preciseerde het Hof dat het EVRM eveneens niet verplicht is om vluchtelingen een financiële bijstand te geven opdat het behoud van een zekere

---

<sup>641</sup> EHRM 31 januari 2012, nr. 50012/08, *M.S. v. België*, par. 121-125.

<sup>642</sup> EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. Griekenland en België*, par. 249 en mutatis mutandis EHRM *Chapman v. Verenigd Koninkrijk*, 18 januari 2001, nr. 27238/95, par. 99 inzake art. 8 EVRM.

<sup>643</sup> EHRM 26 april 2005, nr. 53566/05, *Muslim v. Turkey*, par. 85.

<sup>644</sup> EHRM 28 oktober 1999, nr. 40772/98, *Pancenko v. Letland* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>645</sup> EHRM 20 april 1999, nr. 32734/96, *Wasilewski v. Polen* (onontvankelijkheidsbeslissing); EHRM 6 september 2005, nr. 70767/01, *Pavlyulynets v. Ukraine*, par. 28. In dit laatste geval oordeelde het Hof tevens dat de verzoeker niet aantoonde dat hij leed onder een zodanige ontbering dat zijn leven in gevaar werd gebracht, in strijd met artikel 2 EVRM.



levensstandaard mogelijk is.<sup>646</sup> De verzoeker had namelijk aangevoerd dat hij in Turkije, na de toekenning van het statuut van voorlopige vluchteling, werd gedwongen om in preciaire omstandigheden te leven, waarbij de Turkse overheden hem de voordelen van economische, sociale en medische structuren voorzien voor asielzoekers, weigerden. Er was hem nooit een waardige woonplaats voorgesteld, hij werd verplicht te overleven zonder enige financiële hulp noch enige werkaanbieding alsook zijn eigen onkosten te betalen. Het Hof antwoordde: *“En l’espèce, il semble que le requérant ne se trouve pas empêché de maintenir le niveau de vie qu’il a lui-même choisi lorsqu’il s’est réfugié en Turquie et il ne paraît pas être dans un état de nécessité tel que cette solution ne soit pas viable, au point de l’acculer à quitter la Turquie. Si la situation dénoncée constitue pour le requérant une épreuve difficile, celle-ci ne devrait assurément pas être pire que celle de l’ensemble des citoyens plus démunis que d’autres.”*<sup>647</sup>

246. Anderzijds heeft het Hof in een aantal zaken duidelijk gesteld dat de toegang van vreemdelingen, althans wat betreft regelmatig verblijvende vreemdelingen, tot sociale zekerheidsrechten niet zomaar beperkt kan worden. Volgens vaststaande rechtspraak van het Hof zijn verdragsluitende Staten vrij om te voorzien in een sociaal zekerheidssysteem alsook om te beslissen over het soort uitkeringen en de grootte van de uitgekeerde bedragen. Indien verdragsluitende Staten beslissen om wettelijk te voorzien in een sociaal zekerheidssysteem en de uitbetaling van uitkeringen, dan wordt aangenomen dat die wetgeving pecuniaire rechten doet ontstaan die vallen onder de draagwijdte en de bescherming van het recht op eigendom (art. 1 Protocol 1). Het doet daarbij niet terzake of die sociale zekerheidsrechten voorwaardelijk worden gesteld van een eerdere betaling van bijdragen of niet.<sup>648</sup> Het recht op bescherming van eigendom kan volgens het Hof dus ook rechten omvatten in de stelsels van sociale zekerheid én sociale bijstand, ook indien de rechthebbenden niet persoonlijk hebben bijgedragen tot de financiering ervan. Bijgevolg, indien een Staat besluit om een bepaald sociaal zekerheids- of bijstandstelsel te creëren, dan moet het dit op een manier doen die compatibel is met artikel 14 EVRM en het verbod op discriminatie.<sup>649</sup> Een bepaalde behandeling wordt pas als discriminerend bestempeld indien het geen objectieve en redelijke rechtvaardiging heeft, als het geen wettelijk doel nastreeft of wanneer er geen redelijk proportioneel verband bestaat tussen de gebruikte middelen en het te realiseren doel. Verdragsluitende Staten beschikken weliswaar over een zekere marge om te beoordelen of en in welke mate verschillen in anders gelijkaardige situaties een verschil in behandeling rechtvaardigen. Echter, volgens het Hof, moeten zeer zwaarwichtige redenen worden ingeroepen vooraleer het Hof een verschil in behandeling dat louter is gebaseerd op nationaliteit als verenigbaar met het EVRM beschouwt.<sup>650</sup> Bij gebrek aan zulke zwaarwichtige redenen, heeft het Hof dan ook geoordeeld dat vreemdelingen niet van bepaalde sociale minimumvoorzieningen mogen worden uitgesloten (zoals een financiële tegemoetkoming van een volwassen persoon met een handicap<sup>651</sup>, de financiële noodsteun voor personen wiens rechten op werkloosheidsuitkeringen zijn uitgeput<sup>652</sup> of een overheidspensioen<sup>653</sup>) louter en alleen op basis van hun vreemde nationaliteit.

247. In een meer recente zaak onderzocht het Hof de situatie van twee moeders met vreemde nationaliteit, beiden, net als hun kinderen, erkend als vluchteling door Griekenland en beiden regelmatig verblijvend in Athene. Deze moeders klaagden het feit aan dat hen geen

---

<sup>646</sup> EHRM 26 april 2005, nr. 53566/05, *Muslim v. Turkey*, par. 85.

<sup>647</sup> EHRM 26 april 2005, nr. 53566/05, *Muslim v. Turkey*, par. 86.

<sup>648</sup> EHRM 18 februari 2009, nr. 55707/07, *Andrejeva v. Letland*, par. 77.

<sup>649</sup> EHRM 12 april 2006, nr. 65731/01 en 65900/01, *Stec e.a. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 53.

<sup>650</sup> EHRM 16 september 1996, nr. 17371/90, *Gaygusuz v. Oostenrijk*, par. 42; EHRM 30 september 2003, nr. 40892/02, *Koua Poirrez v. Frankrijk*, par. 46.

<sup>651</sup> EHRM 16 september 1996, nr. 17371/90, *Gaygusuz v. Oostenrijk*.

<sup>652</sup> EHRM 30 september 2003, nr. 40892/02, *Koua Poirrez v. Frankrijk*.

<sup>653</sup> EHRM 18 februari 2009, nr. 55707/00, *Andrejeva v. Letland*.

kinderbijslag voor grote gezinnen werd toegekend omdat zij, noch hun kinderen de Griekse nationaliteit of een andere EU-nationaliteit bezitten. Ze voerden een schending van artikel 8 in combinatie met artikel 14 EVRM aan.<sup>654</sup> Het Hof herhaalde dat enkel dwingende redenen een verschil in behandeling op basis van nationaliteit kunnen rechtvaardigen. Het doel van de relevante Griekse wetgeving, met name een antwoord bieden op een ernstig demografisch probleem en het doen groeien van de bevolking, werd niet in vraag gesteld. Het Hof was het evenwel niet eens met het gekozen criterium, met name het bezit van de Griekse nationaliteit, aangezien dit criterium in de praktijk niet uniform werd toegepast en het ook niet ondenkbaar was dat de betrokken kinderen later met Griekse onderdanen zouden trouwen. Daarnaast herinnerde het Hof aan de verplichting van Griekenland onder artikel 23 van het VN-Vluchtelingenverdrag om de regelmatig op hun grondgebied verblijvende vluchtelingen op dezelfde wijze als hun onderdanen te behandelen voor wat betreft ondersteuning en bijstand van overheidswege.<sup>655</sup> Eerder had het Hof reeds geoordeeld dat de uitsluiting van regelmatig verblijvende vreemdelingen van het kinderbijslagstelsel op grond van het feit dat ze niet beschikten over een ‘stabiele’ (en dus beperkte) verblijfsvergunning (en bijgevolg waarschijnlijk ook niet permanent in Duitsland zullen verblijven), geen voldoende rechtvaardigingsgrond uitmaakte voor een verschil in behandeling.<sup>656</sup>

248. Daarentegen heeft het gebrek aan status of een verblijfsvergunning, ook al wordt een illegaal verblijvende vreemdeling beschermd tegen refoulement, vaak tot gevolg dat er geen volledige toegang is tot socio-economische rechten. Cabral Barreto stelde, als lid van de Europese Commissie Mensenrechten<sup>657</sup>, in een ‘*separate opinion*’ bij een tweetal onontvankelijkheidsbeslissingen, dat de Commissie zich niet moest beperken tot slechts het vaststellen van een schending onder artikel 3 bij verwijdering van de vreemdeling naar het land van herkomst, maar eveneens aandacht moest hebben voor de situatie van de niet-verwijderbare vreemdeling op het grondgebied zelf van een verdragsluitende Staat.<sup>658</sup> Het vaststellen van een reëel risico op refoulement, hield volgens hem ook in dat de verwijderingsmaatregel moest worden geannuleerd. Indien hem geen verblijfsvergunning wordt toegekend, dan heeft de vreemdeling eveneens geen toegang tot de arbeidsmarkt noch kan hij aanspraak maken op sociale bescherming. Volgens Cabral Barreto is dit een situatie die een schending kan inhouden van artikelen 3 en 8 EVRM.<sup>659</sup> Dezelfde redenering geldt voor de vreemdeling die niet gedwongen wordt verwijderd maar wegens het non-refoulementbeginsel onverwijderbaar is. Het Hof ging echter niet verder in op deze stelling en meende o.m. dat de aangegeven garantie om de vreemdeling niet te verwijderen, volstond.<sup>660</sup>

<sup>654</sup> Eerder oordeelde het Hof “*By granting child benefits, States are able to demonstrate their respect for family life within the meaning of Article 8 of the Convention; the benefits therefore come within the scope of that provision.*” Zie bijvoorbeeld EHRM 25 oktober 2005, nr. 59140/00, *Okpisz v. Duitsland*, par. 32.

<sup>655</sup> EHRM 28 oktober 2010, nr. 40083/07, *Saidoun v. Griekenland* en EHRM 28 oktober 2010, nr. 40080/07, *Fawsie v. Griekenland*.

<sup>656</sup> EHRM 25 oktober 2005, nr. 59140/00, *Okpisz v. Duitsland*, par. 32. Zie ook EHRM 25 oktober 2005, nr. 58453/00, *Niedzwiecki v. Duitsland*.

<sup>657</sup> Hij was daarna de nationale rechter voor Portugal in het Hof van 1998-2011.

<sup>658</sup> Zie I. CABRAL BARRETO, “The Status of Refugees in the Countries Where They Seek Asylum: Keynote presentation”, 2<sup>nd</sup> *Colloquy on the European Convention on Human Rights and the Protection of Refugees, Asylum-Seekers and Displaced Persons*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2000, 75.

<sup>659</sup> Europese Commissie Mensenrechten 7 december 1995, nr. 24573/93, *H.L.R. v. Frankrijk, separate opinion*, Cabral Barreto, Reports of Judgments and Decisions 1997-III, 770: “*In my opinion, an alien who lives in a particular country but who has no access to the employment market and cannot benefit from the social-security scheme is in a situation which fails to meet the requirements of Article 8 of the Convention.*” Europese Commissie Mensenrechten 9 maart 1998, nr. 30930/96, *B.B. v. Frankrijk, separate opinion*, Cabral Barreto, Reports of Judgments and Decisions 1998-VI, 2616: “*... where the applicant is obliged to travel to hospital for treatment and needs peace and tranquility to “cope with” his serious illness, condemning him to remain an illegal alien for the rest of his life constitutes in itself treatment contrary to Article 3 of the Convention. ... For my part, I consider that a seriously ill foreigner living in a country as a kind of illegal alien, unable to benefit fully and as of right from the social security regime, is in a situation which fails to meet the requirement of Article 3 of the Convention.*”

<sup>660</sup> EHRM 7 september 1998, nr. 30930/96, *B.B. v. Frankrijk*, par. 37. Het Hof aanvaardde dat “*a compulsory residence order*” neerkwam op “*an undertaking by the French Government not to expel the applicant to his country of origin.*”

249. Stilaan, zoals reeds hierboven aangehaald, breidt het Hof de toepassing en de interpretatie van het EVRM, meer bepaald artikel 3, soms uit tot bepaalde socio-economische situaties of behandelingen wanneer deze in zulke mate onverenigbaar zijn met het respect voor menselijke waardigheid dat ze gelijkstaan met een ‘onmenselijke of vernederende behandeling’. In de onontvankelijkheidsbeslissing in de zaak *Pancenko* gaf het Hof aan dat leefomstandigheden in bepaalde gevallen aanleiding kunnen geven tot een schending van artikel 3 EVRM indien ze een bepaald niveau van hardheid bereiken.<sup>661</sup> In de zaken *Budina* en *M.S.S.* stelde het Hof dat de aansprakelijkheid van een Staat onder artikel 3 EVRM niet uitgesloten is wanneer een (kwetsbaar) individu dat geheel afhankelijk is van overheidssteun en zich in een situatie bevindt van ernstige ontbering, wordt geconfronteerd met een onverschillige Staat.<sup>662</sup> Het Hof onderzoekt dan of er sprake is van extreme materiële armoede, meer bepaald of het onmogelijk is om te voorzien in de meest elementaire levensbehoeften, zoals voedsel, hygiëne en huisvesting.

250. Een vreemdeling waarvan wordt vastgesteld dat hij niet kan worden teruggestuurd maar die verstoken blijft van een status, verblijf en daarbij horende socio-economische rechten en daardoor in een situatie van ernstige ontbering verzeilt, kan veelal niet in zijn meest elementaire levensbehoeften voorzien. Een situatie van ernstige ontbering en de extreme armoede die daaruit volgt, zou op basis van deze rechtspraak kunnen worden aangeklaagd als onmenselijk en vernederend, des te meer wanneer het gaat om een (kwetsbare) vreemdeling waarvoor het perspectief op bescherming in het land van herkomst of in een derde land zeer onzeker is. Wanneer een vreemdeling gedurende langere tijd onverwijderbaar zal zijn, zal hij zich ook in de onzekerheid bevinden over hoe lang zijn situatie van ernstige ontbering zal duren. Kortom, hoewel een verdragsluitende Staat niet verplicht is om een zekere levensstandaard toe te kennen, mag de nalatigheid van een Staat er dan weer niet toe leiden dat de levensstandaard van de niet-verwijderbare vreemdeling ingaat tegen de menselijke waardigheid.

### C. De toegang tot bescherming

#### a.) Artikel 3 EVRM: een verplichting tot preventie en een nauwgezet onderzoek

251. Opdat de bescherming van de rechten en vrijheden gewaarborgd in het EVRM effectief is, heeft het Hof, in aantal zgn. *interne zaken*, uit artikel 3 EVRM, als *alleenstaande bepaling*, een aantal positieve verplichtingen van procedurele aard afgeleid.

252. In de eerste plaats betreft het een *preventieplicht*. In de zaak *Mahmut Kaya* stelde het Hof: “*The obligation imposed on High Contracting Parties under article 1 of the Convention to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention, taken together with Article 3, requires States to take measures designed to ensure that individuals within their jurisdiction are not subjected to torture or inhuman or degrading treatment (...). State responsibility may therefore be engaged where the framework of law fails to provide adequate protection or where the authorities fail to take reasonable steps to avoid a risk of ill-treatment about which they knew or ought to have known.*”<sup>663</sup> Deze positieve verplichting om preventieve maatregelen te nemen, geldt evenzeer indien het risico op slechte behandeling veroorzaakt wordt door privépersonen. De

<sup>661</sup> EHRM 28 oktober 1999, nr. 40772/98, *Pancenko v. Letland* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>662</sup> EHRM 18 juni 2009, nr. 45603/05, *Budina v. Rusland* (onontvankelijkheidsbeslissing) en EHRM, 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. Griekenland en België*, par. 250-253.

<sup>663</sup> EHRM 28 maart 2000, nr. 22535/93, *Mahmut Kaya v. Turkije*, par. 115 en EHRM 12 juli 2005, nr. 41138/98 en 64320/01, *Moldovan e.a. v. Roemenië*, par. 98.

preventieve maatregelen moet leiden tot daadwerkelijke bescherming, in het bijzonder van kwetsbare personen, en houden redelijke maatregelen in om slechte behandeling te voorkomen waarvan de overheden kennis hebben of kennis zouden moeten hebben.<sup>664</sup>

253. In de tweede plaats houdt het een *onderzoeksplicht* in. In de zaken *Assenov* en *MC* stelde het Hof dat waar een individu een verdedigbare grief opwerpt over een slechte behandeling door overheidsactoren of niet-overheidsactoren in strijd met artikel 3 EVRM, deze bepaling, in combinatie met de algemene plicht van de verdragsluitende Staat onder artikel 1 om eenieder die ressorteert onder haar rechtsmacht de rechten en vrijheden vastgesteld in het EVRM te verzekeren, impliciet vereist dat er een effectief officieel onderzoek wordt gehouden. Door dit onderzoek moet het mogelijk zijn om de verantwoordelijken te identificeren en te bestraffen. Indien dit niet het geval zou zijn, dan zou het algemene verbod op foltering en onmenselijke en vernederende behandeling, ondanks het fundamenteel belang ervan, in de praktijk ineffectief zijn.<sup>665</sup> Het gebrek aan een grondig en effectief onderzoek maakt dan op zich een schending van artikel 3 EVRM uit. Het Hof paste hier op analoge wijze een redenering toe die reeds was gevolgd inzake artikel 2 EVRM, met name in de zaak *McCann*.<sup>666</sup>

In de latere zaak *Ihlan* nam de Grote Kamer van het Hof echter een meer restrictieve houding aan. Het Hof gaf toe dat “*Procedural obligations have been implied in varying contexts under the Convention, where this has been perceived as necessary to ensure that the rights guaranteed under the Convention are not theoretical or illusory but practical and effective.*”<sup>667</sup> Niettemin, stelde het Hof dat er een verschil was tussen artikel 2 en artikel 3 EVRM. Artikel 2 EVRM waarborgt de bescherming van het recht op leven ‘door de wet’. Op basis daarvan kan een positieve procedurele verplichting tot onderzoek worden afgeleid. Artikel 3 EVRM daarentegen is volgens het Hof meer geformuleerd als een materieelrechtelijke verplichting om niet te folteren of te mishandelen. Of het aangewezen of noodzakelijk is om een procedurele schending onder artikel 3 EVRM vast te stellen, zal vaak van de omstandigheden van het bepaalde geval afhangen. Bovendien meende het Hof dat het doorgaans voldoende zou zijn om beroep te doen op de vereiste van een daadwerkelijk rechtsmiddel onder artikel 13 EVRM. De rechtspraak van het Hof stelt immers dat het begrip ‘daadwerkelijk rechtsmiddel’ eveneens de plicht inhoudt om een grondig en effectief onderzoek te voeren.

Latere rechtspraak van het Hof is echter niet consistent in het toepassen van deze meer restrictieve lijn en volgt eerder de rechtspraak onder de zaak *Assenov*. Het Hof blijft dus benadrukken dat artikelen 2 en 3 een procedurele verplichting inhouden tot onderzoek wanneer er een geloofwaardig vermoeden is dat de rechten van een individu onder die artikelen zijn geschonden. De vereiste van een onderzoek is niet afhankelijk van een klacht van het slachtoffer of een familielid van het slachtoffer. Eens de zaak onder de aandacht is gekomen van de overheden, dienen zij op eigen initiatief actie te ondernemen.<sup>668</sup> Volgens de rechtsleer lijkt het erop dat het Hof aan de onderzoeksplicht onder artikel 3 EVRM stilaan dezelfde draagwijdte geeft als aan de onderzoeksplicht onder artikel 2 EVRM.<sup>669</sup>

---

<sup>664</sup> EHRM 25 april 2013, nr. 71386/10, *Savridin v. Rusland*, par. 179; EHRM 3 juli 2014, nr. 18114/06, *Amayadev v. Rusland*.

<sup>665</sup> EHRM 28 oktober 1998, nr. 24760/94, *Assenov e.a. v. Bulgarije*, par. 102 en EHRM 4 december 2003, nr. 39272/98, *M.C. v. Bulgarije*, par. 151.

<sup>666</sup> EHRM 27 september 1995, nr. 18984/91, *McCann e.a. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 161.

<sup>667</sup> EHRM 27 juni 2000, nr. 22277/93, *Ihlan v. Turkije*, par. 91.

<sup>668</sup> EHRM 13 november 2012, nr. 4239/08, *C.N. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 69.

<sup>669</sup> Zie voor een analyse hierover: A.R. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court on Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2004, 59-65; P. VAN DIJK, F. VAN HOOFF, A. VAN RIJN en L. ZWAAN (eds), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 411; D.J. HARRIS, M. O’BOYLE en C. WARBRICK (eds), *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 107-112.

254. Deze procedurele verplichtingen inzake preventie en onderzoek onder artikel 3 EVRM gelden ook t.a.v. *externe zaken*.

De preventieplicht geldt logischerwijze in de situatie waar een individu wordt blootgesteld aan een reël en imminent risico op foltering of slechte behandeling indien hij wordt overgedragen door een persoon aan een andere Staat. Waar de overheden van een Staat op de hoogte zijn van zulk een reël en imminent risico, hebben zij een verplichting om, binnen hun bevoegdheden, preventieve maatregelen te nemen die redelijkerwijze ertoe kunnen leiden dat het risico wordt ontweken.<sup>670</sup>

Omwille van het belang dat het Hof hecht aan artikel 3 EVRM, met name de fundamentele waarden die in artikel 3 EVRM worden belichaamd, het absolute karakter ervan en om de onherstelbare schade als gevolg van foltering of slechte behandeling zoveel mogelijk uit te sluiten, stelt de rechtspraak van het Hof dat de bescherming onder artikel 3 EVRM in de eerste plaats een *nauwgezet onderzoek* (*‘rigorous scrutiny’*) door een nationale overheid naar het bestaan van een reël risico op foltering en slechte behandeling vereist.<sup>671</sup> Een *zinvolle beoordeling* (*‘meaningful assessment’*) van de beweerde feiten maakt de bescherming tegen refoulement daadwerkelijk. Daardoor zal worden voorkomen dat een vreemdeling bij verwijdering wordt blootgesteld aan foltering of slechte behandeling in zijn land van herkomst of een derde land.<sup>672</sup>

Het non-refoulement beginsel onder artikel 3 EVRM houdt dus ook een belangrijke procedurele verplichting in tot een nauwgezet en zinvol onderzoek door nationale overheden.

255. Het Hof ontwikkelde in zijn rechtspraak beginselen die betrekking hebben op de *inhoudelijke wijze* waarop de beoordeling van de nood aan bescherming tegen refoulement dient te gebeuren.<sup>673</sup> Zo komt het aan de vreemdeling toe om een begin van bewijs te leveren van zwaarwegende gronden die aannemelijk maken dat hij bij verwijdering zal worden blootgesteld aan een reël risico op foltering of slechte behandeling. Indien dit begin van bewijs wordt geleverd, dan verschuift de bewijslast en is het aan de verdragsluitende Staat om in dat geval iedere twijfel over het bewijs weg te nemen.<sup>674</sup>

256. Om het risico op foltering of slechte behandeling te bepalen, moet de Staat met name de voorzienbare gevolgen van het terugsturen van de vreemdeling naar het land van herkomst onderzoeken, daarbij rekening houdend met de algemene situatie in het land én de persoonlijke omstandigheden van de vreemdeling. Het bestaan van het risico moet in de eerste plaats worden beoordeeld met betrekking tot die feiten die gekend zijn of gekend hadden moeten zijn door de verdragsluitende Staat op het tijdstip van de verwijdering.<sup>675</sup> In die zin heeft het Hof meermaals geoordeeld dat Staten niet enkel mogen steunen op interne informatie m.b.t. de algemene situatie in het land van herkomst, maar ook aandacht dienen te besteden aan actuele informatie van andere betrouwbare en objectieve bronnen, zoals recente

---

<sup>670</sup> EHRM 25 april 2013, nr. 71386/10, *Savridin v. Rusland*, par. 179.

<sup>671</sup> EHRM 15 november 1996, nr. 22414/93, *Chahal v. Verenigd Koninkrijk*, par. 96; EHRM 11 juli 2000, nr. 40035/98, *Jabari v. Turkije*, par. 39; EHRM 12 april 2005, nr. 36378/02, *Shamayev e.a. v. Georgië en Rusland*, par. 448.

<sup>672</sup> EHRM 19 januari 2010, nr. 21896/08, *Z.N.S. v. Turkije*, par. 47: Een Iraanse onderdaan verklaarde aan de Turkse overheid slechte behandeling te vrezen bij terugkeer naar Iran wegens haar lidmaatschap bij de PMOI. De Turkse bestuurlijke overheden hadden echter haar verwijdering voorbereid zonder over te gaan tot een onderzoek van haar verklaringen: “*In these circumstances the Court is not persuaded that the national authorities conducted any meaningful assessment of the applicant’s claim.*”

<sup>673</sup> Zie een samenvatting van deze beginselen in EHRM 11 oktober 2011, nr. 46390/10, *Auad v. Bulgarije*, par. 99.

<sup>674</sup> EHRM 11 oktober 2011, nr. 46390/10, *Auad v. Bulgarije*, par. 99, punt (b). Zie verder met betrekking tot de geloofwaardigheid van de vreemdeling: EHRM 20 oktober 2011, nr. 55463/09, *Samina v. Zweden*, par. 47-48.

<sup>675</sup> EHRM 11 oktober 2011, nr. 46390/10, *Auad v. Bulgarije*, par. 99, punt (f).

rapporten van andere (al dan niet verdragsluitende) Staten, VN-instellingen of gerenommeerde niet-gouvernementele organisaties, zoals onafhankelijke internationale mensenrechtenorganisaties.<sup>676</sup> Het Hof verwacht dan ook dat de nationale overheden, op basis van deze interne en internationale bronnen, op de hoogte zijn van de algemene situatie in het land van herkomst en desgevallend vertrouwd zijn met het bestaan van een reëel risico op foltering of slechte behandeling in het land van herkomst. In zulke omstandigheden mag niet van de vreemdeling worden verwacht dat hij de gehele bewijslast draagt.

Het Hof oordeelde in de zaak *M.S.S.* dat de Belgische Dienst Vreemdelingenzaken, op basis van verschillende internationale rapporten, op de hoogte had moeten zijn van de structurele gebreken in de Griekse asielprocedure alsook van de vernederende detentie- en leefomstandigheden in Griekenland t.a.v. asielzoekers.<sup>677</sup> In de zaak *Hirsi Jamaa* oordeelde het Hof dat het feit dat de verzoekers geen asiel hadden gevraagd of hadden gefaald om de risico's te beschrijven waaraan ze zouden worden blootgesteld in Libië bij gebrek aan een asielstelsel, de Italiaanse overheid niet vrijstelde van de onderzoeksverplichting onder artikel 3 EVRM, zeker in het licht van de goedgekende situatie van asielzoekers en vluchtelingen in Libië, gedocumenteerd in verschillende internationale rapporten. Daardoor had de Italiaanse overheid op de hoogte moeten zijn van de risico's op blootstelling aan slechte behandeling bij terugkeer, en dus moeten nagaan of de Libische overheid zijn internationale verplichtingen inzake de bescherming van vluchtelingen naleefde (meer bepaald het risico op onrechtstreekse refoulement) alsook nagaan of de verzoekers bij terugkeer in Libië niet zouden worden blootgesteld aan een onmenselijke behandeling inzake detentie- en leefomstandigheden.<sup>678</sup>

257. De aangevoerde grief inzake artikel 3 EVRM wordt hoofdzakelijk beoordeeld in het licht van de feiten die gekend waren of gekend hadden moeten zijn door de verdragsluitende Staten op het moment van de verwijdering. Indien de verzoeker evenwel nog niet is verwijderd, dan wordt het risico beoordeeld op het moment van het onderzoek door het Hof, d.i. het actueel toetsingsmoment. Het Hof gaat dan over tot de volle en *ex nunc*-beoordeling ("full and *ex nunc* assessment") van de aangevoerde grief en dit vanuit de stelling dat m.b.t. artikel 3 EVRM "*the present circumstances are decisive*,"<sup>679</sup> daar de situatie in een land van bestemming kan veranderen in de loop van de tijd.<sup>680</sup> Het Hof kan daarbij een eigen beoordeling maken van de feiten aangevoerd door de partijen en aanvullen met feitenmateriaal dat ambtshalve uit eigen onderzoek werd vergaard.<sup>681</sup> Het Hof heeft tot nu toe niet uitdrukkelijk gesteld dat verdragsluitende Staten eveneens een volle en *ex nunc*-toetsing dienen te maken. Deze toetsing in hoofde van de lidstaten dient wel indringend te zijn. Concreet moeten de verdragsluitende Staten overgaan tot een nauwgezet onderzoek en uit rechtspraak van het Hof volgt dat de nationale overheden dienen te oordelen over de aangevoerde grief op basis van

---

<sup>676</sup> EHRM 11 oktober 2011, nr. 46390/10, *Auad v. Bulgarije*, par. 99, punt (d).

<sup>677</sup> EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. Griekenland en België*, par. 352, 358 en 366. Zie ook EHRM 23 februari 2012, nr. 27765/09, *Hirsi Jamaa e.a. v. Italië*, par. 125-128.

<sup>678</sup> EHRM 23 februari 2012, nr. 27765/09, *Hirsi Jamaa e.a. v. Italië*, par. 131, 133 en 157.

<sup>679</sup> EHRM 11 januari 2007, nr. 1948/04, *Salah Sheekh v. Nederland*, par. 136. EHRM 11 oktober 2011, nr. 46390/10, *Auad v. Bulgarije*, par. 99, punt (f).

<sup>680</sup> EHRM 29 januari 2013, nr. 60367/09, *S.H.H. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 72. EHRM 10 mei 2012, nr. 77881/11, *A.L. v. Oostenrijk*, par. 64-66: Het Hof stelde vast dat een *ex nunc*-evaluatie van het reëel risico geen schending van artikel 3 EVRM aan het licht bracht. De huidige situatie in het land van oorsprong is immers doorslaggevend. Het Hof merkte op dat volgens recente rapporten een gedeelte van de UFC-partij deelneemt aan de huidige regering en dat er momenteel geen aanwijzing is dat de bedreigingen geuit door soldaten in 2008, heden een reëel en individueel risico op vervolging uitmaken.

<sup>681</sup> Het Hof beoordeelt de situatie "*in light of the evidence put before it or, if necessary, material obtained proprio motu*". EHRM 11 oktober 2011, nr. 46390/10, *Auad v. Bulgarije*, par. 99, punt (a). Het Hof kan bewijsmateriaal in acht nemen ongeacht of het al dan niet eerder in de nationale procedure had kunnen worden ingebracht. EHRM 6 maart 2011, nr. 45276/09, *Hilal v. Verenigd Koninkrijk*, par. 63. Soms maakt het EHRM ook gebruik van eigen onderzoeksmogelijkheden, zie bijvoorbeeld EHRM 26 juli 2005, nr. 38885/02, *N v. Finland*, par. 152 e.v. waar het Hof een *fact-finding mission* naar Finland stuurde om de geloofwaardigheid van de verzoeker te beoordelen.

feitenmateriaal en informatie die niet alleen zo volledig mogelijk en deskundig zijn maar ook zo actueel mogelijk.

258. Wat betreft de *procedurele wijze* waarop de nood aan bescherming tegen refoulement moet worden gegarandeerd, oordeelde het Hof dat het gebrek aan een wettelijk kader dat adequate waarborgen voorziet m.b.t. de bescherming tegen refoulement, aanleiding kan geven tot een schending van artikel 3 EVRM.

In de zaak *Auad* voerde Bulgarije aan dat het verbod op refoulement, zoals opgenomen in de Bulgaarse Vreemdelingenwet, in de praktijk zou worden geverifieerd op het moment van de uitvoering van de verwijderingsmaatregel. Het Hof was echter niet overtuigd dat de Bulgaarse overheden met de noodzakelijke nauwgezetheid zouden onderzoeken of Auad bij terugkeer naar Libanon zou worden blootgesteld aan foltering of slechte behandeling. De Bulgaarse overheden gaven immers geen details over of voorbeelden van de wijze waarop de immigratiediensten dit refoulementverbod toepasten. De vreemdelingenwetgeving was daarover stilzwijgend en dus was het onduidelijk op basis van welke standaarden en welke informatie de overheden het risico op foltering of slechte behandeling in Libanon zouden bepalen. Aldus besloot het Hof dat *“The lack of a legal framework providing adequate safeguards in this domain allows the Court to conclude that there are substantial grounds for believing that the applicant risks a violation of his rights under Article 3.”*<sup>682</sup> Met andere woorden, er dient minimaal een wetgevend kader te bestaan waarbij op adequate wijze wordt gegarandeerd dat het aangevoerde risico op foltering en slechte behandeling bij verwijdering nauwgezet wordt onderzocht en beoordeeld.

259. Indien verdragsluitende Staten een bepaalde (onderzoeks- of determinatie)procedure voorzien, dan hebben Staten bij de organisatie ervan een zekere beoordelingsmarge. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat zelfs in gevallen waarin een beweerd risico op een behandeling in strijd met artikel 3 wordt aangevoerd, aan de nationale procedureregels, zoals vormvereisten en termijnen, moet worden voldaan om toegang te krijgen tot de procedure. Het Hof aanvaardt dat zulke vereisten worden gehanteerd door nationale overheden om hun werklast ordentelijk te beheren. Deze formele, procedurele en tijdsgebonden vereisten mogen echter niet zo zijn of zo onflexibel worden toegepast dat ze de vreemdeling een realistische mogelijkheid ontnemen op een zinvol onderzoek, d.i. de beoordeling van zijn grief en de verdedigbaarheid ervan (en dus zijn nood aan bescherming).<sup>683</sup> De automatische toepassing

---

<sup>682</sup> EHRM 11 oktober 2011, nr. 46390/10, *Auad v. Bulgarije*, par. 107. EHRM 22 september 2009, nr. 30471/08, *Abdolkhani en Karimnia v. Turkije*, par. 84 en 89.

<sup>683</sup> Zie EHRM 19 februari 1998, nr. 25894/94, *Bahaddar v. Nederland*, par. 45: *“It follows that, even in cases of expulsion to a country where there is an alleged risk of ill-treatment contrary to Article 3, the formal requirements and time-limits laid down in domestic law should normally be complied with, such rules being designed to enable the national jurisdictions to discharge their caseload in an orderly manner. Whether there are special circumstances which absolve an applicant from the obligation to comply with such rules will depend on the facts of each case. It should be borne in mind in this regard that in applications for recognition of refugee status it may be difficult, if not impossible, for the person concerned to supply evidence within a short time, especially if – as in the present case – such evidence must be obtained from the country from which he or she claims to have fled. Accordingly, time-limits should not be so short, or applied so inflexibly, as to deny an applicant for recognition of refugee status a realistic opportunity to prove his or her claim.”* en EHRM 11 juli 2000, nr. 40035/98, *Jabari v. Turkije*, par. 40: Het automatisch verwerpen van een asielaanvraag omdat het niet was ingediend binnen de voorgeschreven termijn van vijf dagen, werd door het Hof negatief beoordeeld in het licht van artikel 3 EVRM: *“In the Court’s opinion, the automatic and mechanical application of such a short time-limit for submitting an asylum application must be considered at variance with the protection of the fundamental value embodied in Article 3 of the Convention. It fell to the branch office of the UNHCR to interview the applicant about the background to her asylum request and to evaluate the risk to which she would be exposed in the light of the nature of the offence with which she was charged. The Ankara Administrative Court, on her application for judicial review, limited itself to the issue of the formal legality of the applicant’s deportation rather than the more compelling question of the substance of her fears, even though by that stage the applicant must be considered to have had more than an arguable claim that she would be at risk if removed to her country of origin.”*

Zie in die zin ook HvJ 31 januari 2013, C-175/11, *H.I.D en B.A.*, par. 75: *“De invoering van een procedure bij voorrang zoals die in het hoofdgeding moet ten volle de uitoefening waarborgen van de rechten die deze richtlijn aan de Nigeriaanse asielzoekers toekent. Laatstgenoemden moeten met name voldoende tijd krijgen om de*

van zulke vereisten, waardoor geen onderzoek kan worden gevoerd naar de grond van de zaak, kan in strijd zijn met de vereiste om een nauwgezet onderzoek te voeren. Er dient daarom te worden nagegaan of er bijzondere omstandigheden gelden die betrekking hebben op de individuele zaak en die de vreemdeling vrijstellen van het voldoen aan formele, tijdsgebonden of procedurele vereisten.

Er kunnen dus situaties zijn, afhankelijk van zaak tot zaak, die een vreemdeling ontslaan van de plicht aan die vereisten te voldoen zodat de vreemdeling een daadwerkelijke toegang heeft tot de desbetreffende procedure (zgn. Bahaddar-exceptie).

Zoals elders betoogd worden in het arrest *Bahaddar* de regel en de uitzondering duidelijk geschetst: (i) procedureregels, die een nationale bevoegdheid zijn, moeten worden gerespecteerd maar (ii) het blindelings toepassen van procedurele regels mag de inhoudelijke beoordeling van een grief niet onmogelijk maken. Elders wordt gesteld dat dit standpunt de essentie van procedurele regels en de procedurele autonomie van de Staten ondermijnt, wat ook zo is. Uit de rechtspraak blijkt dat het Hof dit standpunt gerechtvaardigd acht omwille van de specifieke aard van artikel 3 EVRM waarbij in bijzondere omstandigheden het verbod op foltering of een onmenselijke behandeling voorrang kan krijgen op de procedurele autonomie van de Staten.<sup>684</sup> Formele en technische vereisten mogen er derhalve niet toe leiden dat een grondige beoordeling van de inhoud van een verdedigbare grief m.b.t. een onmenselijke behandeling wordt gehinderd of teniet gedaan.<sup>685</sup>

#### b.) Artikel 3 EVRM en artikel 13 EVRM: recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel

260. Het Hof heeft de onderzoeksplicht onder artikel 3 EVRM aangevuld of versterkt met inhoudelijke en procedurele verplichtingen die voortvloeien uit het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel onder artikel 13 EVRM.<sup>686</sup> Artikel 13 van het EVRM bepaalt dat eenieder wiens rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, zijn geschonden, het recht heeft op een daadwerkelijk rechtsmiddel voor een nationale instantie, ook indien deze schending is begaan door personen in de uitoefening van hun ambtelijke functie.

Volgens de rechtspraak van het Hof is artikel 13 EVRM van toepassing op elke grief die verdedigbaar is. Indien er sprake is van een verdedigbare grief, dan geldt een recht op toegang tot een daadwerkelijk rechtsmiddel.

De algemene beginselen m.b.t. artikel 13 EVRM stellen voorts dat:

- Het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel, onder artikel 13 EVRM, vereist de beschikbaarheid van een intern rechtsmiddel waardoor de inhoud (en dus eventuele gegrondheid) van een verdedigbare grief kan worden onderzocht en waardoor passend herstel kan worden verkregen.<sup>687</sup>

---

*noodzakelijke elementen tot staving van hun verzoek te verzamelen en in te dienen, zodat de beslissingsautoriteit deze verzoeken eerlijk en volledig kan behandelen en zich ervan kan vergewissen dat de verzoekers in hun land van oorsprong niet aan gevaren worden blootgesteld."*

<sup>684</sup> BCHV, *Nieuwe gegevens voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen in volle rechtsmacht*, <http://www.cbar-bchv.be/LinkClick.aspx?fileticket=vlCV1LYAHOE%3D&tabid=41&mid=393&language=nl-NL>, juni 2012, 30.

<sup>685</sup> In EHRM 3 februari 2013, nr. 67286/10, *Zokhidov v. Rusland*, oordeelde het Hof dat de beslissing om asiel te weigeren grotendeels was gebaseerd op het feit dat de verzoeker volgens de Russische overheden te lang had gewacht om een asiolverzoek in te dienen. Hoewel de verzoeker gedetailleerde informatie had aangebracht, bevatte de weigeringsbeslissing enkel een vage verklaring in de zin dat er geen gegevens voorhanden waren die aantoonde dat de verzoeker onwettelijk zou worden vervolgd in Oezbekistan. Het Hof stelde na eigen onderzoek een schending van artikel 3 EVRM vast.

<sup>686</sup> Zie voor een meer uitgebreide bespreking van artikel 13 EVRM m.b.t. vreemdelingen met nood aan bescherming: T. SPIJKERBOER, "Subsidiarity and 'Arguability': the European Court of Human Rights' Case Law on Judicial Review in Asylum Cases", *IJRL* 2009, 48-74.

<sup>687</sup> Zie een samenvatting van deze principes in EHRM, 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. Griekenland en België*, par. 288-292.



- De daadwerkelijkheid of effectiviteit van het rechtsmiddel is niet afhankelijk van de zekerheid van een gunstig resultaat voor de verzoeker, maar het gebrek aan enig uitzicht op passend herstel kan een schending zijn van artikel 13 EVRM.<sup>688</sup>
- Het rechtsmiddel, om daadwerkelijk te zijn, moet in recht en in feite beschikbaar zijn (*'exigences d'accessibilité et réalité'*), in het bijzonder in die zin dat het instellen ervan niet op ongerechtvaardigde wijze belemmerd mag worden door handelingen of nalatigheden van de overheid.<sup>689</sup> Volgens het Hof: "... *the accessibility of a remedy in practice is decisive when assessing its effectiveness.*"<sup>690</sup>
- Deze 'nationale instantie' waarnaar wordt verwezen in artikel 13 EVRM, hoeft niet noodzakelijk een rechterlijke instantie te zijn. Het zijn de voorziene bevoegdheden en waarborgen die relevant zijn in de beoordeling of een rechtsmiddel effectief is of niet. Bovendien, zelfs als een enkel rechtsmiddel op zichzelf niet helemaal voldoet aan de vereisten van artikel 13 EVRM, kan de daadwerkelijkheid ook worden verzekerd door het geheel van of de combinatie aan rechtsmiddelen voorzien in het intern recht.<sup>691</sup>
- Hierbij beschikken Staten over een zekere beoordelingsmarge wat betreft de manier waarop ze hun verplichtingen onder deze bepaling nakomen; de rechtspraak van het Hof vereist niet een bepaalde vorm van rechtsmiddel.<sup>692</sup> Niettemin heeft het EHRM verduidelijkt dat beroepsmogelijkheden bij rechterlijke instanties in principe een daadwerkelijk rechtsmiddel kunnen uitmaken in de zin van artikel 13 EVRM, op voorwaarde dat de rechterlijke instanties daadwerkelijk de wettelijkheid van een discretionaire uitvoerende beslissing op inhoudelijke en procedurele gronden kunnen onderzoeken en, indien nodig, de beslissing kunnen vernietigen.<sup>693</sup>
- Het is wel van belang dat bijzondere aandacht wordt besteed aan de snelheid van het rechtsmiddel zelf, want het is niet uitgesloten dat de buitensporige duur van een rechtsmiddel het ontoereikend maakt.<sup>694</sup>

261. De draagwijdte van de verplichting die artikel 13 EVRM op Staten doet wegen, varieert volgens de aard van de grief.<sup>695</sup> Omwille van het belang dat het Hof hecht aan absolute rechten en omwille van de onomkeerbare schade die het gevolg kan zijn van foltering of slechte behandeling, benadrukt het Hof dat vereisten omtrent de daadwerkelijkheid van een rechtsmiddel onder artikel 13 EVRM in het kader van verdedigbare grieven onder artikelen 2 en 3 EVRM strikter zijn. Ze vergen noodzakelijkerwijze een *nauwgezet onderzoek* ('close scrutiny') door de nationale overheid vereist<sup>696</sup> alsook een *onafhankelijk en zo nauwkeurig mogelijk onderzoek van de aangevoerde grief* ('independent and rigorous scrutiny').<sup>697</sup>

Dit onderzoek dient met een *bijzondere spoed* te worden gevoerd waardoor de vreemdeling zo snel mogelijk uitsluitel krijgt over zijn grief, dit is binnen een redelijke termijn.<sup>698</sup> In de zaak

<sup>688</sup> EHRM 26 oktober 2000, nr. 30210/96, *Kudla v. Polen*, par. 157.

<sup>689</sup> EHRM 8 juli 1999, nr. 23657/94, *Cakici v. Turkije*, par. 112.

<sup>690</sup> EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. Griekenland en België*, par. 318. Zie bijvoorbeeld EHRM 18 december 1996, nr. 2198/93, *Aksoy v. Turkije*, par. 98. "... *the notion of an 'effective remedy' entails (...) a thorough and effective investigation (...) and including effective access for the complainant to the investigatory procedure.*"

<sup>691</sup> EHRM 26 april 2007, nr. 25389/05, *Gebremedhin v. Frankrijk*, par. 53.

<sup>692</sup> EHRM 11 juli 2000, nr. 40035/98, *Jabari v. Turkije*, par. 48 en EHRM 2 februari 2012, nr. 9152/09, *I.M. v. Frankrijk*, par. 138 in fine.

<sup>693</sup> EHRM 23 februari 2002, nr. 48321/99, *Slivenko v. Litouwen*, par. 99 (onvankelijkheidsbeslissing).

<sup>694</sup> EHRM 31 juli 2003, nr. 50389/99, *Doran v. Ierland*, par. 57. EHRM 22 april 2014, nr. 6528/11, *A.C. e.a. v. Spanje*, par. 103.

<sup>695</sup> EHRM 26 oktober 2000, nr. 30210/96, *Kudla v. Polen*, par. 157. Zie meer in A. PAHLADSINGH, "Feitenvaststelling in asielzaken in de context van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden", *T. Vreemd.* 2011, 74-89.

<sup>696</sup> EHRM 12 april 2005, nr. 36378/02, *Shamayev e.a. v. Georgië en Rusland*, par. 448.

<sup>697</sup> EHRM 11 juli 2000, nr. 40035/98, *Jabari v. Turkije*, par. 50.

<sup>698</sup> EHRM 11 juli 2000, nr. 40035/98, *Jabari v. Turkije*, par. 50; EHRM 3 juni 2004, nrs. 33097/96 en 57834/00, *Bati e.a. v. Turkije*, par. 136.

M.S.S. oordeelde het Hof dat een behandelingsduur van een asielaanvraag van gemiddeld vijf jaar niet beantwoordde aan de vereiste van een daadwerkelijk rechtsmiddel.<sup>699</sup>

Tenslotte houdt artikel 13 EVRM in het kader van een verdedigbare grief op grond van artikel 3 EVRM verder in dat de vreemdeling toegang heeft tot een rechtsmiddel met *automatisch schorsend effect*.<sup>700</sup> Het onherstelbaar karakter van de schade waaraan een vreemdeling kan worden blootgesteld, rechtvaardigt de mogelijkheid om de verwijderingsmaatregel te schorsen.<sup>701</sup>

Het Hof spreekt zich niet op algemene wijze uit over de manier waarop verdragsluitende Staten hun onderzoeksplicht onder artikel 3 EVRM moeten invullen, noch over de aard en de organisatie van nationale rechtsmiddelen onder artikel 13 EVRM. Volgens het subsidiariteitsbeginsel zijn de verdragsluitende Staten hierin vrij zolang dat de daadwerkelijkheid ervan wordt verzekerd. Het Hof geeft verdragsluitende Staten een zekere beoordelingsmarge. Het Hof zal wel nagaan of het omvattend systeem, gaande van beslissingen door administratieve overheden tot beslissingen door beroepsinstanties, als geheel daadwerkelijke waarborgen laat gelden die een vreemdeling beschermen tegen refolement.

Hieronder wordt punctueel ingegaan op een aantal belangrijke bestanddelen van de vereiste van een daadwerkelijk rechtsmiddel onder artikel 13 EVRM, met name het automatisch schorsend effect en de praktische beschikbaarheid van het rechtsmiddel, de omvang van de onderzoeksverplichtingen, de aard en vorm van het vereiste rechtsmiddel.

i) Toegang tot een rechtsmiddel met automatisch schorsend effect

262. Er moet volgens het Hof een daadwerkelijke mogelijkheid worden voorzien om de tenuitvoerlegging van maatregelen te schorsen wanneer de gevolgen ervan mogelijk onomkeerbaar/onherstelbaar zijn.<sup>702</sup> Deze schorsingsvereiste mag niet los worden gezien van de vereiste van een zorgvuldig en nauwgezet onderzoek. De vereiste van schorsing is geen bijkomstige of subsidiaire maatregel waarbij geen rekening wordt gehouden met de vereisten inzake de draagwijdte van de onderzoeksplicht, m.n. onafhankelijkheid, zorgvuldigheid en nauwgezetheid.<sup>703</sup> Met andere woorden, het zorgvuldig en nauwgezet onderzoek naar de grief onder artikel 3 EVRM gaat hand in hand met de vereiste van schorsing en vice versa. Er kan worden gesteld dat de schorsingsvereiste een constitutief onderdeel uitmaakt van een daadwerkelijk rechtsmiddel. Het zou immers inconsistent zijn met artikel 13 EVRM indien verwijderingsmaatregelen worden uitgevoerd vooraleer de overheden zo grondig mogelijk de grieven onder artikel 3 EVRM hebben onderzocht.

In deze context is het eveneens van belang te benadrukken dat een vreemdeling tegen verwijdering moet worden beschermd tot beoordeeld is of er sprake is van een verdedigbare grief op grond van artikel 3 EVRM, met name is er sprake van een *prima facie* reëel risico op schending van artikel 3 EVRM, bijvoorbeeld omwille van gewijzigde omstandigheden.<sup>704</sup> Het Hof oordeelde meermaals dat er een zinvol onderzoek en beoordeling moet plaats hebben van

---

<sup>699</sup> EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. Griekenland en België*, par. 320. Zie in deze zin EHRM 23 juni 2011, nr. 20493/07, *Diallo v. Tsjechische Republiek*.

<sup>700</sup> EHRM 11 oktober 2011, nr. 46390/09, *Auad v. Bulgarije*, par. 120 en 139.

<sup>701</sup> EHRM 11 juli 2000, nr. 40035/98, *Jabari v. Turkije*, par. 50.

<sup>702</sup> EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. Griekenland en België*, par. 293 in fine; EHRM 5 februari 2002, nr. 51564/99, *Conka v. België*, par. 79-83.

<sup>703</sup> EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. Griekenland en België*, par. 388; EHRM 2 februari 2012, nr.

9152/09, *I.M. v. Frankrijk*, par. 135.

<sup>704</sup> EHRM 6 juni 2013, nr. 2283/12, *Mohammed v. Oostenrijk*, par. 81.

de verdedigbaarheid van een grief.<sup>705</sup> In dit kader volgt uit de rechtspraak eveneens dat een vreemdeling in staat moet zijn om een rechtsmiddel in te dienen tegen de beoordeling van het risico op refoulement en tegen de verwijderingsmaatregel, onder meer door hem voldoende tijd te gunnen voor het indienen van het rechtsmiddel, alvorens de verwijderingsmaatregel wordt uitgevoerd.<sup>706</sup>

In de zaak *Mohammed* wees het Hof erop dat zelfs als de eerste asielaanvraag van de verzoeker grondig was onderzocht, een heronderzoek in een versnelde procedure de verzoeker een recht op een grondig onderzoek van zijn tweede asielaanvraag niet ontnemt, noch het recht op toegang tot een rechtsmiddel met een automatisch schorsend effect. Verzoekers eerste asielaanvraag werd afgewezen nadat Oostenrijk had vastgesteld dat Hongarije onder de Dublin II-verordening verantwoordelijk was voor de behandeling van de asielaanvraag. Verzoeker diende een tweede asielaanvraag in. Onder de Oostenrijkse wetgeving heeft het indienen van een herhaalde asielaanvraag geen schorsend effect waardoor asielzoekers geen recht hebben om de beslissing op hun herhaalde asielaanvraag in Oostenrijk af te wachten. De Oostenrijkse wetgeving beschermt asielzoekers, die na een afwijzing van het asielverzoek op grond van de Dublinverordening een opeenvolgende asielaanvraag indienen, dus niet tegen overdracht naar een andere lidstaat, ook niet indien een asielzoeker bij die opeenvolgende asielaanvraag informatie aanvoert ter ondersteuning van zijn stelling dat deze overdracht in strijd is met artikel 3 EVRM. Het Hof hield rekening met het gegeven dat er bijna een jaar was verstreken tussen de afwijzing van de eerste asielaanvraag en de indiening van de tweede asielaanvraag en dat in die periode de omstandigheden in Hongarije waren veranderd. Gezien het tijdsverloop van een jaar, de gewijzigde omstandigheden in Hongarije en de beschikbare informatie op dat moment over de situatie van asielzoekers in Hongarije, oordeelde het Hof dat de tweede asielaanvraag *prima facie* niet kan worden beschouwd als manifest ongegrond of getuigend van misbruik. Bovendien stelde het Hof vast dat de verzoeker toen een verdedigbare grief had. Het Hof herinnerde eraan dat waar een verzoeker een verdedigbare grief heeft onder artikel 3 EVRM, deze toegang dient te hebben tot een rechtsmiddel met een automatisch schorsend effect. In casu beschermde de Oostenrijkse wetgeving de verzoeker niet tegen gedwongen verwijdering en werd hem de mogelijkheid op een grondig onderzoek van de gewijzigde omstandigheden in Hongarije en van zijn verdedigbare grief onder artikel 3 EVRM m.b.t. de situatie van asielzoekers in Hongarije, ontnomen. Daarenboven had de verzoeker, in wiens hoofde een beslissing tot overname was genomen, niet de mogelijkheid om deze beslissing tot overname te laten heronderzoeken door de Oostenrijkse immigratiepolitie in het licht van een grief m.b.t. refoulement. Een schending van artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM werd vastgesteld.<sup>707</sup>

Een eenvoudige nationale ‘praktijk’ van de schorsing van de tenuitvoerlegging van maatregelen is geenszins voldoende.<sup>708</sup> Het Hof herinnert eraan dat de vereisten van artikel 13 EVRM, zoals alle andere bepalingen van het EVRM, te maken hebben met waarborgen en niet louter met goede wil of praktische regelingen.<sup>709</sup>

Omgekeerd volstaat het eveneens niet dat er in theorie een van rechtswege schorsend beroep bestaat. Vereist is bovendien dat dit beroep “daadwerkelijk” is zowel in rechte als in de feiten. Derhalve dient de mogelijkheid tot schorsing als onderdeel van een daadwerkelijk rechtsmiddel beschikbaar en toegankelijk te zijn.

---

<sup>705</sup> EHRM 11 juli 2000, nr. 40035/98, *Jabari v. Turkije*, par. 40.

<sup>706</sup> EHRM 12 april 2005, nr. 36378/02, *Shamayev e.a. v. Georgië en Rusland*, par. 460.

<sup>707</sup> EHRM 6 juni 2013, nr. 2283/12, *Mohammed v. Oostenrijk*, par. 76-85.

<sup>708</sup> EHRM 5 februari 2002, nr. 51564/99, *Conka v. België*, par. 81-83; EHRM 26 april 2007, nr. 25389/05, *Gebremedhin v. Frankrijk*, par. 66.

<sup>709</sup> EHRM 23 juli 2013, nr. 41872/10, *M.A. v. Cyprus*, par. 131-142.

Hierbij stelt zich de vraag of er enkel sprake is van een daadwerkelijk rechtsmiddel wanneer het beroep ten gronde, bijvoorbeeld een annulatieberoep, automatisch schorsend is, dan wel of het volstaat dat men de mogelijkheid heeft om een vordering tot schorsing in te dienen. Het Hof meerdere malen gewezen op “*the risks involved in a system where stays of execution must be applied for and are granted on a case-by-case basis*”.<sup>710</sup>

Dit wantrouwen ten aanzien van systemen waarbij de vordering tot schorsing moeten worden ingediend, uitte zich ook in de zaak *Josef*. In de zaak stelde het Hof vast dat het Belgische recht faalt in het voorzien van een beroep tegen een verwijdering met een automatisch schorsend effect waardoor een rechterlijke instantie de gronden van het beroep aan een grondig en nauwgezet onderzoek kan onderwerpen voor de verwijdering plaats heeft. Het instellen van annulatieberoep tegen een verwijderingsmaatregel heeft geen automatisch schorsend effect, evenmin heeft het instellen van een gewone vordering tot schorsing zulk automatisch schorsend effect.

De gewone vordering tot schorsing dient als bewarende maatregel zodat de betrokken vreemdeling kan reageren op het moment dat er zich een echte spoedeisende voor doet, d.i. een “uiterst dringende noodzakelijkheid”. Van uiterst dringende noodzakelijkheid is in het bijzonder sprake wanneer de tenuitvoerlegging van de verwijderingsmaatregel imminent wordt, dit is wanneer de vreemdeling wordt opgesloten met oog op gedwongen verwijdering. Er is dus volgens de rechtspraak van de Belgische Raad voor Vreemdelingenbetwistingen een dwangmaatregel vereist. Het is op dit moment dat bij uiterst dringende noodzakelijkheid voorlopige maatregelen kunnen worden gevorderd bij de schorsing van de tenuitvoerlegging van de verwijderingsmaatregel. Dit houdt in dat de reeds hangende vordering tot schorsing wordt geactiveerd zodat deze door de Raad versneld wordt behandeld. Indien een vreemdeling t.a.v. wie een verwijderingsmaatregel wordt getroffen niet op voorhand en binnen de beroepstermijn een bewarende vordering tot schorsing indient, kan hij later bij een gedwongen verwijdering geen schorsing van de tenuitvoerlegging meer vragen.

Volgens het Hof kan de constructie van een gewone vordering tot schorsing in combinatie met een verzoek om voorlopige maatregelen in theorie doeltreffend lijken. In de praktijk is ze evenwel moeilijk te hanteren en te ingewikkeld om te voldoen aan de eisen van een beschikbaar en toegankelijk beroep in rechte en in praktijk. Een situatie waar een vreemdeling niet wordt beschermd door een rechtsmiddel met schorsend effect noch tijdens de procedure tegen de verwijderingsmaatregel noch wanneer de tenuitvoerlegging van de verwijdering imminent wordt, voldoet niet aan de vereisten van artikel 13 EVRM in het licht van het belang van artikel 3 EVRM en het onomkeerbare karakter van de verwijdering. Dit systeem dwingt vreemdelingen die zich reeds in een kwetsbare positie, in dit geval een aan HIV-positieve moeder van drie jonge kinderen, bevinden om in extremis te handelen op moment van de gedwongen tenuitvoerlegging van de verwijderingsmaatregel. Het Hof besluit dan ook dat het Belgisch systeem in de situatie van mevrouw Josef niet heeft voorzien in een daadwerkelijk rechtsmiddel, namelijk een beroep dat automatisch schorsend is en dat een daadwerkelijk onderzoek toelaat van de middelen gebaseerd op artikel 3 EVRM. Dit schendt artikel 13 in combinatie met artikel 3 EVRM.<sup>711</sup> Het kan bijgevolg in de zaak *Josef* aan verzoekster niet worden verweten dat zij geen gebruik heeft gemaakt van de veelvoud aan procedures voor de Raad of van het beroep bij de gewone kortgedingrechter nu deze beroepsprocedures niet tegemoetkomen aan de vereisten van artikel 13 EVRM.

---

<sup>710</sup> EHRM 5 februari 2002, nr. 51564/99, *Conka v. België*, par. 82 ; EHRM 23 juli 2013, nr. 41872/10, *M.A. v. Cyprus*, par. 137.

<sup>711</sup> EHRM 27 februari 2014, nr. 70055/10, *Josef v. België*, par. 101-108.

Deze conclusie leidt het EHRM vervolgens, op basis van artikel 34 EVRM, ertoe om bij de Belgische Staat er op aan te dringen zijn intern recht aan te passen zodat alle vreemdelingen die het voorwerp uitmaken van een bevel om het grondgebied te verlaten een vordering tot schorsing kunnen inleiden zodra de tenuitvoerlegging van de verwijderingsmaatregel mogelijk is, of ten laatste, op het ogenblik dat de gedwongen tenuitvoerlegging start. Het EHRM preciseert op welke wijze het Belgisch recht moet worden aangepast. Het beroep moet (i) van rechtswege schorsend zijn; (ii) dat binnen een voldoende ruime termijn kan worden ingesteld; (iii) waarvan de schorsende werking niet afhankelijk wordt gesteld van enig ander voorafgaandelijk ingesteld beroep dan van het beroep ten gronde; en (iv) waarvan de schorsende werking blijft behouden totdat de bevoegde instantie een volledig en strikt onderzoek heeft kunnen doorvoeren met betrekking tot de gegrondheid van het schorsingsverzoek dat gegrond is op artikel 3 EVRM.<sup>712</sup>

Wanneer het beroep enkel voor een beperkte tijd een schorsend effect kent en dit schorsend effect niet wordt aangehouden tot er een definitieve beslissing is met betrekking tot de inhoud en de gegrondheid van een aanvraag om internationale bescherming, kan de daadwerkelijkheid van het rechtsmiddel in het gedrang komen. In de zaak *A.C.* stelden 30 verzoekers, afkomstig uit de Westelijke Sahara, een beroep in tegen de afwijzing van hun aanvraag om internationale bescherming. Dit beroep bij de Spaanse Audiencia Nacional kent geen automatisch schorsend effect. De verzoekers dienden daarom ook elk een vordering in tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de verwijderingsmaatregelen. Naar aanleiding hiervan beval de Audiencia Nacional de bevoegde administratie om tijdens het onderzoek van deze vorderingen tot schorsing, de uitvoering van de verwijderingsmaatregelen tijdelijk te schorsen. 's Anderendaags werden de vorderingen tot schorsing evenwel verworpen omdat de Audiencia Nacional vaststelde dat de aangevoerde midelen "*ne permettaient de conclure ni à l'existence dans leur chef de situations d'urgence spéciale susceptibles de justifier une suspension de toute expulsion du territoire national ni à la perte d'objet de la procédure au fond en cas d'exécution des mesures d'expulsion en cause*". Omwille van het gebruik van een versnelde procedure, waren de verzoekers niet in staat om verdere preciseringen voor te leggen. Het Hof erkent de nood aan versnelde beroepsprocedures, maar dit mag geen afbreuk doen aan de daadwerkelijkheid van essentiële procedurele waarborgen die tegen refoulement moeten beschermen. Het Hof stelt vast dat de verzoekers, zonder tussenkomst van het Hof, naar Marokko zouden zijn verwijderd zonder of alvorens dat de inhoud en gegrondheid van hun beroep het voorwerp had uitgemaakt van een nauwkeurig en spoedig onderzoek, aangezien het beroep waarover zij beschikten geen automatisch schorsend effect kent.<sup>713</sup>

ii) De feitelijke beschikbaarheid van het rechtsmiddel

263. Het theoretisch bestaan van rechtsmiddelen, of ze nu voorhanden zijn bij nationale bestuursoverheden of rechterlijke overheden, voldoet niet. Ze moeten ook in feite beschikbaar zijn. Van belang is dat de daadwerkelijkheid van een rechtsmiddel valt of staat met de

---

<sup>712</sup> EHRM 27 februari 2014, nr. 70055/10, *Josef v. België*, par. 153. Dit betreft niet het geval waarin de vreemdeling voorafgaand aan de afgifte van het bevel om het grondgebied te verlaten, de mogelijkheid had zijn op artikel 3 EVRM gebaseerde grieven te laten onderzoeken door een rechtscollege dat voldoet aan de eisen van artikel 13 EVRM. Hierbij moet worden opgemerkt het verzoek tot verwijzing naar de Grote Kamer ingediend door de Belgische Staat en de verzoekster, werd aanvaard op 7 juli 2014. Zie persbericht EHRM van 8 juli 2014, ECHR 203 (2014). Artikel 43 EVRM bepaalt dat binnen een termijn van drie maanden na de datum van de uitspraak van een Kamer elke bij de zaak betrokken partij, in uitzonderlijke gevallen, kan verzoeken om verwijzing van de zaak naar de Grote Kamer. Een college van vijf rechters van de Grote Kamer aanvaardt het verzoek indien de zaak aanleiding geeft tot een ernstige vraag betreffende de interpretatie of toepassing van het Verdrag of de Protocollen daarbij, dan wel een ernstige kwestie van algemeen belang.

<sup>713</sup> EHRM 22 april 2014, nr. 6528/11, *A.C. e.a. v. Spanje*, par. 81-105.

praktische toegankelijkheid ervan.<sup>714</sup> Procedurele voorschriften, zoals vormvereisten of termijnen, die worden verbonden aan de toegang tot en verloop van de procedure mogen de vreemdeling geen realistische kans ontnemen op een onderzoek naar de gronden van zijn grief, d.w.z. ze mogen de kern van het recht op effectieve bescherming niet aantasten.

In de zaak *M.S.S.* wees het Hof uitdrukkelijk op de structurele tekortkomingen in de asielprocedure in Griekenland, met de name het gebrek aan voldoende informatie voor asielzoekers wat betreft de procedure die gevolgd moeten worden, de feitelijke mogelijkheid om een asielaanvraag in te dienen, het gebrek aan communicatie tussen de asielzoekers en de betrokken overheden, het gebrek aan tolken, rechtshulp en getrainde dossierbehandelaars, enz.<sup>715</sup> Voorts kunnen praktische obstakels, zoals de weigering van een verzoek op louter procedurele gronden, de uitoefening van een rechtsmiddel ineffectief maken.<sup>716</sup> In de zaak *Labsi* had de verwijdering naar Algerije plaats slechts één werkdag nadat het arrest van het Grondwettelijk Hof, dat de verwerping van de asielaanvraag bevestigde, aan verzoeker werd betekend, wat hem daadwerkelijk verhinderde om rechtsherstel te verkrijgen door middel van een grondwettelijk klacht.<sup>717</sup>

264. Wat betreft het gebruik van versnelde procedures, heeft het Hof herhaaldelijk erkend dat het wijdverspreid gebruik ervan in Europese landen het makkelijker maakt om manifest ongegronde asielaanvragen te behandelen. Het Hof is bewust van de nood bij Staten om, wanneer deze geconfronteerd worden met een groot aantal asielaanvragen, te beschikken over de nodige middelen en instrumenten die toelaten hiermee om te gaan. In die zin heeft het Hof reeds geoordeeld dat de behandeling van een herhaalde asielaanvraag in versnelde procedure of bij middel van een voorrangsprocedure een (vastgehouden) vreemdeling niet de mogelijkheid op een grondig onderzoek ontnemt wanneer de eerste asielaanvraag reeds het voorwerp heeft uitgemaakt van een volledig onderzoek in het kader van een gewone asielprocedure.<sup>718</sup>

Waar eerste asielaanvragen in een versnelde procedure worden behandeld, stelt het Hof zich genuanceerder op. Ze stelt het belang en de legitimiteit van het gebruik van een versnelde procedure niet in vraag, in zoverre deze bestaat naast een gewone asielprocedure, wanneer het aanvragen betreft die manifest ongegrond lijken of wanneer er sprake is van misbruik. Het Hof verwijst ook naar de EU-richtlijn 2005/85 die minimumnormen neerlegt voor de procedures in de lidstaten voor de toekenning of intrekking van de vluchtelingenstatus en die de mogelijkheid geeft aan lidstaten om een versnelde procedure te hanteren, bijvoorbeeld wanneer er duidelijke en evidente elementen aanwezig zijn die toelaten om te besluiten dat er geen nood is aan bescherming, wanneer er sprake is van fraude of wanneer, zonder geldige redenen, de asielzoeker zich na binnenkomst op het grondgebied zich niet tijdig heeft gemeld bij de asielinstanties.<sup>719</sup> Het gegeven dat een eerste asielaanvraag wordt behandeld in een

<sup>714</sup> EHRM 16 september 1996, nr. 21893/93, *Akdivar v. Turkije*, par. 93-97.

<sup>715</sup> EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. Griekenland en België*, par. 301.

<sup>716</sup> EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. Griekenland en België*, par. 392, in casu, de weigering van het UDN-verzoek wegens niet-verschijning dat niet te wijten was aan een gebrek aan zorgvuldigheid bij de verzoeker.

<sup>717</sup> EHRM 15 mei 2012, nr. 33809/08, *Labsi v. Slovakije*, par. 139.

<sup>718</sup> EHRM 20 september 2007, nr. 45223/05, *Sultani v. Frankrijk*, par. 64-65. : « A cet égard, la Cour note que le requérant avait déjà bénéficié d'un premier examen complet de sa demande d'asile dans le cadre de la procédure normale. Ce premier examen a permis à l'OFPRA, puis à la commission des recours des réfugiés d'examiner l'ensemble des arguments du requérant, s'opposant selon lui à son retour vers l'Afghanistan, et de rejeter sa demande d'asile. L'existence de ce premier contrôle justifie la brièveté du délai d'examen de la seconde demande, dans le cadre duquel l'OFPRA se contente de vérifier, à l'occasion d'une procédure accélérée, s'il existe de nouveaux motifs propres à modifier sa décision de rejet préalable. »

<sup>719</sup> EHRM 6 juni 2013, nr. 50094/10, *M.E. v. Frankrijk*, par. 66. Vergelijk met HvJ 28 juli 2011, nr. C-69/10, *Diouf*. Het Hof verklaart voor recht: "Artikel 39 van richtlijn 2005/85/EG van de Raad van 1 december 2005 betreffende minimumnormen voor de procedures in de lidstaten voor de toekenning of intrekking van de vluchtelingenstatus en het beginsel van doeltreffende rechterlijke bescherming moeten aldus worden uitgelegd, dat zij zich niet verzetten tegen een nationale regeling als die in het hoofdgeding, op grond waarvan de beslissing van de bevoegde nationale

versnelde procedure en dus binnen een korte termijn, laat op zich, volgens het Hof, niet toe om te besluiten dat de behandeling ervan niet conform artikel 13 EVRM is verlopen, maar alles hangt af van de individuele omstandigheden van de zaak. Van belang is daarbij dat de asielzoeker een daadwerkelijke mogelijkheid heeft om zijn asielaanvraag voor te bereiden en in te dienen en dat er toegang is tot een daadwerkelijk rechtsmiddel.

In de zaak *I.M.* beoordeelde het Hof het gebruik van de versnelde asielprocedure m.b.t. een eerste asielaanvraag. Het onderzoek van de verzoekers eerste asielaanvraag onder de versnelde asielprocedure was bijgevolg dan ook het eerste en enig onderzoek naar de gegrondheid van zijn aanvraag. In casu werd de asielaanvraag van de verzoeker versneld behandeld op grond van zijn vasthouding wegens onregelmatig/illegaal verblijf en het feit dat hij zijn asielaanvraag indiende na het ontvangen van een bevel om het grondgebied te verlaten. Volgens de Franse overheid was dit een element dat wees op misbruik en fraude. Het Hof merkte op dat de automatische aard van de beslissing om een aanvraag versneld te behandelen was gebaseerd op procedurele gronden en niet op de (on)gegrondheid van zijn aanvraag. Omdat hij werd vastgehouden, had de verzoeker enkel vijf dagen de tijd om een aanvraag in te dienen, zoniet zou zijn aanvraag zijn afgewezen wegens laattijdigheid. Deze korte tijdsperiode bracht substantiële beperkingen met zich mee voor het indienen van een onderbouwde aanvraag, met name het opstellen van een aanvraag in het Frans zonder bijstand, alsook zeer weinig tijd om de nodige documenten voor te leggen. Het Hof onderstreepte dat de ontbrekende informatie en bewijzen inzake de etnische afkomst van *I.M.* (nl. Darfoer) beslissend waren geweest omdat de Franse asieldiensten na een zeer kort interview (30 minuten) in een zeer summiere motivering de aanvraag afwezen wegens tegenstrijdigheden in de verklaring van *I.M.* en het gebrek aan afdoend bewijs. De verzoeker had tevens ook niet de mogelijkheid om in een latere fase preciseringen aan te brengen. Zijn beroep tegen de afwijzing van de asielaanvraag bij de Franse asielberoepsinstantie had voorts geen schorsend effect omdat een versnelde procedure was toegepast. Zijn beroep tegen de verwijderingsmaatregel had wel een schorsend effect maar de verzoeker had enkel 48 uur ter beschikking zodat *I.M.* zijn beroep enkel in het Arabisch had kunnen indienen zonder de mogelijkheid om bewijzen toe te voegen. Dit gebrek aan bewijselementen had dan ook de afwijzing van het beroep geleid. Het Hof besloot dan ook dat, met betrekking tot de daadwerkelijkheid van de nationale rechtsmiddelen in hun geheel, deze rechtsmiddelen in theorie beschikbaar waren, maar dat hun toegankelijkheid werd beperkt door de automatische toepassing van een versnelde procedure, de korte termijnen en de procedurele moeilijkheden inzake bewijslevering. Zijn vasthouding had negatieve gevolgen voor de voorbereiding van zijn asielaanvraag en zijn toegang tot juridische en taalbijstand. De negatieve impact op de daadwerkelijkheid van de rechtsmiddelen werd niet geremedieerd op beroepsniveau, o.m. wegens het gebrek aan een schorsend effect van het beroep tegen de asielbeslissing. Het Hof besloot dan ook dat de beperkingen die de verzoeker tijdens het verloop van de verschillende

---

*instantie om een asielverzoek volgens een versnelde procedure te behandelen, niet voor enig afzonderlijk beroep vatbaar is wanneer de redenen op grond waarvan die instantie heeft beslist de gegrondheid van het betrokken verzoek volgens een dergelijke procedure te behandelen, aan een doeltreffende rechterlijke toetsing kunnen worden onderworpen in het kader van het beroep dat kan worden ingesteld tegen de definitieve afwijzingsbeslissing, hetgeen door de verwijzende rechter moet worden beoordeeld."*

HvJ 31 januari 2013, C-175/11, *H.I.D. en B.A.* :

"1) Artikel 23, leden 3 en 4, van richtlijn 2005/85/EG van de Raad van 1 december 2005 betreffende minimumnormen voor de procedures in de lidstaten voor de toekenning of intrekking van de vluchtelingenstatus, moet aldus worden uitgelegd dat het zich er niet tegen verzet dat een lidstaat op bepaalde categorieën asielverzoeken die naar de nationaliteit of het land van oorsprong van de verzoeker zijn omschreven, met inachtneming van de uitgangspunten en waarborgen van hoofdstuk II van die richtlijn, een procedure bij voorrang of een versnelde procedure toepast.

2) Artikel 39 van richtlijn 2005/85 moet aldus worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een nationale regeling als aan de orde in het hoofdgeding, volgens welke een asielzoeker ofwel tegen de beslissing van de beslissingsautoriteit beroep kan instellen bij een rechterlijke instantie als het Refugee Appeals Tribunal (Ierland) en tegen de beslissing van die instantie kan opkomen bij een hogere rechterlijke instantie zoals de High Court (Ierland), ofwel de rechtsgeldigheid van de beslissing van bedoelde autoriteit kan aanvechten bij de High Court, tegen de beslissingen waarvan bij de Supreme Court (Ierland) hogere voorziening kan worden ingesteld."

procedures werden opgelegd “*ont affecté en pratique la capacité du requérant à faire valoir le bien-fondé de ses grief tirés de l’article 3 de la Convention.*”<sup>720</sup>

In de zaak *M.E.* stelde het Hof vast dat de betrokkene eveneens een eerste asielaanvraag indiende, die onder versnelde procedure werd behandeld waardoor hij over een korte termijn beschikte en geconfronteerd werd met de praktische moeilijkheid om in vasthouding een volledige en gedocumenteerde asielaanvraag in het Frans voor te bereiden. In tegenstelling tot de zaak *I.M.*, blijkt dat *M.E.* zeer laattijdig zijn asielaanvraag heeft ingediend waardoor de versnelde procedure werd ingeschakeld. Hoewel hij reeds in 2007 het Frans grondgebied was binnengekomen, diende hij pas in 2010, nadat hij werd vastgehouden, een asielaanvraag in. *M.E.* beschikte dus over een termijn van drie jaar om zijn asielaanvraag van te bereiden, deze te documenteren en te voorzien van stavingsstukken. Bij indiening zou zijn asielaanvraag dan ten gronde en ten volle in de gewone procedure onderzocht zijn geweest. Het Hof benadrukte dat *M.E.* van zodra hij werd vastgehouden met het oog op terugleiding naar de grens niet alleen de mogelijkheid had om een schorsend beroep in te dienen bij een administratieve rechtbank, maar ook de mogelijkheid had om een asielaanvraag in te dienen, wat eveneens een schorsend effect heeft. De termijnen hiervoor zijn respectievelijk 48 uur en vijf dagen, wat kort is. Niettemin rekening houdend met het bijzonder laattijdige karakter van de asielaanvraag en de mogelijkheid om voorafgaand alle documenten te verzamelen om zijn asielaanvraag te staven en te documenteren, kon *M.E.* volgens het Hof niet dienstig stellen dat zijn toegang tot de beschikbare beroepen werd beperkt door de kortstondigheid van de termijnen noch de materiële moeilijkheden, met name inzake taal, die hij had ondervonden om de nodige stavingsstukken te verkrijgen. Er werd geen schending vastgesteld van artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 3 EVRM.<sup>721</sup>

Dezelfde redenering hield het Hof aan in de zaak *K.K.*<sup>722</sup> Het Hof wees erop dat de verzoeker zijn asielaanvraag pas had ingediend twee jaar na zijn binnenkomst in Frankrijk en tien maanden nadat hij voorwerp uitmaakte van een bevel tot terugleiding. De verzoeker beschikte dus over twee jaar om de nodige stavingsstukken te verzamelen en een asielaanvraag in te dienen die volgens de gewone procedure zou zijn behandeld geweest. Het gegeven dat de verzoeker bewust heeft nagelaten aan te geven dat hij daarvoor tevergeefs asiel had aangevraagd bij de Griekse overheden, is een voldoende grond voor het Hof om de behandeling in versnelde procedure te rechtvaardigen. Deze eerdere asielaanvragen wijzen erop dat de verzoeker wist hoe een asielaanvraag in te dienen en dat hij zich bewust was van de noodzaak om stavingsstukken te verzamelen. Tenslotte wijst het Hof erop dat nadat de verzoeker werd vrijgelaten, hij tegen het tweede bevel tot terugleiding een volgende asielaanvraag had kunnen indienen met een schorsend effect, waarbij het Hof de conclusie in de zaak *M.E.* herhaalde. Voorwaarde is wel dat de mogelijkheid tot het indienen van een herhaalde asielaanvraag een daadwerkelijk rechtsmiddel uitmaakt, zowel in theorie als in praktijk. In de zaak *Budrevich* oordeelde het Hof dat dit niet het geval was.<sup>723</sup>

In deze zin kan ook worden gewezen op de zaak *I.K.*, die betrekking heeft op een zoon en een moeder die een asielaanvraag indienden bij de Oostenrijkse asielinstanties. Hun asielaanvragen werden afgewezen waarna zij in beroep gingen. De zoon trok, omwille van een verkeerd advies, zijn beroep in. De moeder werd als vluchteling erkend. De zoon diende een

---

<sup>720</sup> EHRM 2 februari 2012, nr. 9151/09, *I.M. v. Frankrijk*, par.140-160.

<sup>721</sup> EHRM 6 juni 2013, nr. 50094/10, *M.E. v. Frankrijk*, par. 66.

<sup>722</sup> EHRM 10 oktober 2013, nr. 18913/11, *K.K. v. Frankrijk*, par. 69-70. Zie in dezelfde zin EHRM 4 september 2014, nr. 17897/09, *M.V. en M.T. v. Frankrijk*, waar het Hof vaststelde dat de verzoekers niet werden vastgehouden, drie maanden de tijd hadden om hun aanvraag voor te bereiden en niet kloegen over te weinig tijd om bewijselementen te verzamelen ter ondersteuning van hun aanvraag. Verzoekers konden bovendien een beroep met automatisch schorsend effect indienen tegen de verwijderingsmaatregel.

<sup>723</sup> EHRM 17 oktober 2013, nr. 65303/10, *Budrevich v. Tsjechische Republiek*.



tweede asielaanvraag in maar dit werd verworpen als ‘res judicata’. Het Hof stelde vast dat de asielaanvraag van de moeder geloofwaardig werd geacht maar niet die van de zoon, hoewel ze dezelfde asielmotieven aanvoerden. De asielinstanties hadden het verband tussen deze twee zaken niet overwogen, noch de mogelijke gelijkenissen of verschillen. De Oostenrijkse overheid kon voor het Hof de discrepanties in de beslissingen t.a.v. de moeder en de zoon niet verduidelijken, en stelde louter dat de eerste asielaanvraag van de zoon grondig was onderzocht in een eerste fase. Er werd echter geen rekening gehouden met het feit dat de asielweigering in hoofde van de moeder later werd hervormd door een beroepsinstantie. Het Hof besloot dat de herhaalde asielaanvraag geen daadwerkelijk rechtsmiddel uitmaakt aangezien de grief van de zoon onder artikel 3 EVRM niet grondig was onderzocht door de nationale overheden.<sup>724</sup>

iii) De omvang van de onderzoeksverplichting onder artikelen 3 en 13 EVRM

265. Wanneer er een verdedigbare grief wordt aangevoerd om te geloven in een reëel risico van een behandeling die ingaat tegen artikel 3 EVRM in het geval van verwijdering naar het land van herkomst, rekening houdend met het belang dat het EHRM aan artikel 3 EVRM hecht en met de in dat geval door eventuele foltering of slechte behandeling toegebrachte onherstelbare schade, vereist de daadwerkelijkheid van een rechtsmiddel in de zin van artikel 13 EVRM niet alleen een *nauwgezette controle* door de nationale overheid,<sup>725</sup> maar ook een *onafhankelijk en zo nauwkeurig mogelijk onderzoek van de aangevoerde grief*.<sup>726</sup>

Het Hof incorporeert in zijn rechtspraak inzake artikel 13 EVRM de verplichting van een ‘nauwgezet onderzoek’ (*rigorous scrutiny*) onder artikel 3 EVRM als een belangrijke vereiste en element om de daadwerkelijkheid van een rechtsmiddel of de combinatie aan beschikbare rechtsmiddelen in intern recht, te beoordelen.

Het Hof hanteert voor zichzelf de standaard van een ‘*full and ex nunc assessment*’<sup>727</sup> maar legt dit niet uitdrukkelijk op aan de verdragsluitende Staten. Uit de rechtspraak van het Hof volgt wel dat het onderzoek dat gevoerd dient te worden onder artikel 3 EVRM of onder de combinatie van artikelen 3 en 13 EVRM ‘indringend’ dient te zijn.<sup>728</sup>

266. In de zaak *M.S.S.* stelde het Hof dat het instellen van een procedure in uiterst dringende noodzakelijkheid, hoewel de verwijderingsmaatregel dan gedurende 72 uur wordt geschorst, niet voldeed aan vereisten van zijn rechtspraak, met name een zorgvuldig en nauwkeurig onderzoek van elke grief onder artikel 3 EVRM. Omdat de bevoegde Raad voor Vreemdelingenbetwistingen zich in zo’n procedure beperkt tot het nagaan of de verzoeker *in concreto* bewijs levert van de onherstelbare aard van de schade die het gevolg zou zijn van een schending van artikel 3 EVRM, wordt de bewijslast in hoofde van de verzoeker zodanig verhoogd dat een grondig onderzoek naar de gronden van het aangevoerde risico op refolement wordt verhinderd. Bovendien was het ook niet mogelijk om bijkomende bewijzen voor te leggen tijdens de procedure bij de Raad.<sup>729</sup> Het hanteren van een incorrect

<sup>724</sup> EHRM 28 maart 2013, nr. 2964/12, *I.K. v. Oostenrijk*, par. 72-83. Het Hof had geen aanwijzing dat de zoon een kleiner risico op vervolging zou lopen dan zijn moeder bij terugkeer. Bovendien waren de Oostenrijkse overheden in het bezit van talrijke landenrapporten die wijzen op een verslechtering van de mensenrechtensituatie in Tsjetsjenië. Het verwees naar een aantal arresten m.b.t. Tsjetsjenië waarin schendingen van artikelen 2 en 3 EVRM waren vastgesteld. Het Hof besloot dat de zoon aan een reëel risico op schending van artikel 3 EVRM zou worden blootgesteld bij verwijdering naar Rusland.

<sup>725</sup> EHRM 12 april 2005, nr. 36378/02, *Shamayev e.a. v. Georgië en Rusland*, par. 448.

<sup>726</sup> EHRM 11 juli 2000, nr. 40035/98, *Jabari v. Turkije*, par. 50.

<sup>727</sup> EHRM 11 januari 2007, nr. 1948/04, *Salah Sheekh v. Nederland*, par. 136. EHRM 11 oktober 2011, nr. 46390/10, *Auad v. Bulgarije*, par. 99, punt (f).

<sup>728</sup> Een zeer uitgebreide en punctuele bespreking van de rechtspraak van het EHRM is terug te vinden in D. BALDINGER, *Rigorous Scrutiny versus Marginal Review, standards on judicial scrutiny and evidence in international and European asylum law*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2013, 194-286.

<sup>729</sup> EHRM, 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. Griekenland en België*, par. 389.

bewijsstandaard doorkruiste aldus de verplichting tot een nauwgezet onderzoek van zwaarwegende gronden die aannemelijk maken dat een reëel risico bestaat om blootgesteld te worden aan schending van artikel 3 EVRM.

Voorts benadrukte het Hof m.b.t. ernstig zieke vreemdelingen, dat men inzake verwijdering en artikel 3 EVRM een oordeel moet vellen op basis van de meest recente informatie over de gezondheidstoestand van de vreemdeling. In de zaak *Yoh-Ekale Mwanje* oordeelde het Hof dat zowel de Belgische Dienst Vreemdelingenzaken als de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen hadden gefaald in het voeren van een zorgvuldig en nauwgezet onderzoek naar de individuele situatie van een aan AIDS lijdende vrouw uit Kameroen. De Dienst Vreemdelingenzaken wees de aanvraag om machtiging tot verblijf op medische gronden af waarbij de medische dienst van de DVZ zich baseerde op gegevens over de algemene beschikbaarheid van anti-retrovirale middelen in Kameroen die evenwel niet de specifieke middelen waren die de vrouw nodig had. De beslissing was immers gesteund op een beperkt aantal oudere medische gegevens van de vrouw en er werden geen nieuwe gegevens verzameld om de evolutie van de ziekte van de vrouw vast te stellen. De medische dienst van de DVZ negeerde daardoor het specifieke type van behandeling dat de vrouw nodig had. Het Hof stelde: *“Aucun examen médical n’ayant encore été mené à son terme en vue de faire le point sur l’évolution de l’affection de la requérante, le fonctionnaire médecin ignorait le type de traitement dont elle avait besoin.”*<sup>730</sup> Na de weigeringsbeslissing van de DVZ volgden echter wel verdere medische onderzoeken op initiatief van de Belgische overheid om de juiste behandeling te bepalen voor de vrouw, die in een gesloten centrum verbleef. Daarenboven werd de DVZ door het Instituut voor Tropische Geneeskunde op de hoogte gebracht van het feit dat de vrouw ondertussen een zekere resistentie had ontwikkeld tegen de voorgeschreven aangepaste behandeling. De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen wees het beroep tegen de weigeringsbeslissing van de DVZ evenwel af. Hij oordeelde dat de DVZ de beslissing juist had gemotiveerd, rekening houdend met de beschikbare informatie op het moment van de beslissing. De DVZ was niet overgegaan tot een grondiger en geactualiseerd onderzoek van de individuele situatie van de vrouw op het moment van de behandeling van de verblijfsaanvraag. De Raad, in het kader van zijn wettigheidstoezicht op de weigeringsbeslissing, had enkel een marginale appreciatie van de feiten gemaakt zoals die golden op het ogenblik van de bestreden beslissing. Hierdoor kon de Raad geen rekening houden met nieuwe feiten en omstandigheden die volgden uit de latere medische onderzoeken. Omwille van deze omstandigheden oordeelde het Hof dat de Belgische overheid heeft nagelaten om zich te informeren over de specifieke situatie van de vrouw: *“Dans ces conditions la Cour est forcée de constater que les autorités belges on tout simplement fait l’économie d’un examen attentif et rigoureux de la situation individuelle de la requérante pour conclure à l’absence de risque sous l’angle de l’article 3 en cas de renvoi au Cameroun et poursuivre la procédure d’éloignement.”*<sup>731</sup>

In de zaak *Singh* veroordeelde het Hof in sterke bewoordingen de wijze waarop het Belgische Commissariaat-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen (hierna: CGVS) alsook de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (hierna: Raad) in wezen geen onderzoek hadden gevoerd naar de vraag of de betrokken asielzoekers een reëel risico in de zin van artikel 3 EVRM liepen.<sup>732</sup> De asielaanvragen van de betrokken asielzoekers, afkomstig van de sikh-minderheid in Afghanistan, werden verworpen omdat geen geloof werd gehecht aan hun betoogde Afghaanse nationaliteit. Daarbij werd door het CGVS geen rekening gehouden met documenten die werden voorgelegd door de betrokken asielzoekers, met name originele taskara’s en kopieën van hun paspoorten. Het Hof stelt vast dat het CGVS geen enkel

<sup>730</sup> EHRM 20 december 2011, nr. 10486/10, *Yoh-Ekale Mwanje v. België*, par. 106.

<sup>731</sup> EHRM 20 december 2011, nr. 10486/10, *Yoh-Ekale Mwanje v. België*, par. 107.

<sup>732</sup> EHRM 2 oktober 2012, nr. 33210/11, *Singh e.a. v. België*.

bijkomend onderzoek heeft gevoerd, zoals een authenticatie van de voorgelegde identiteitsdocumenten, waardoor het CGVS in staat geweest zou zijn om op een meer zekere wijze het bestaan van een reëel risico in Afghanistan te aanvaarden of te verwerpen. Daarenboven stelde het Hof vast dat de Raad dit gebrek niet had hersteld. Het Hof herinnerde eraan dat: “*Dans l’arrêt Yoh-Ekale Mwanje v. Belgique (no10486/10 §106, 20 décembre 2011), la Cour a précisé que l’instance de contrôle ne pouvait pas se placer fictivement au moment où l’administration a adopté la décision litigieuse pour en apprécier la validité au regard de l’article 3 et ainsi faire l’économie d’un examen attentif et rigoureux de la situation individuelle de l’intéressé*”.<sup>733</sup> De betrokkenen hadden als nieuwe stukken documenten van de UNHCR-vertegenwoordiger in New Delhi, India, voorgelegd waarin werd geattesteed dat ze als vluchteling stonden geregistreerd. De Raad gaf hieraan geen enkel gewicht en oordeelde dat deze documenten gemakkelijk na te maken waren en dat de betrokkenen in gebreke bleven om de originelen voor te leggen. Het Hof herinnerde eraan dat het de nationale overheden toekomt om zo nauwgezet als mogelijk te handelen en een zorgvuldig onderzoek te voeren naar een verdedigbare grief inzake artikel 3 EVRM, zonder dat de rechtsmiddelen hun daadwerkelijkheid verliezen. Een dergelijk onderzoek dient elke twijfel, hoe legitiem ook, omtrent het manifest ongegrond karakter van een asielaanvraag weg te nemen, “*quelle que soit l’étendue des compétences de l’autorité chargée du contrôle*.”<sup>734</sup> Het Hof stelde dat het opzijschuiven van de documenten door het CGVS en de Raad zonder een grondig onderzoek naar de authenticiteit ervan, wat in casu gemakkelijk te doen was door contact op te nemen met het UNHCR, niet als een zorgvuldig en nauwgezet onderzoek door de nationale overheden kan worden beschouwd in de zin van artikel 13 EVRM en geen effectieve rechtsbescherming biedt tegen een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM.<sup>735</sup>

267. Het bovenstaande maakt de omvang van de onderzoeksverplichting duidelijker. Nationale overheden dienen de aangevoerde grief zorgvuldig, aandachtig en nauwgezet te beoordelen op basis van feitenmateriaal en informatie die niet alleen zo volledig mogelijk zijn maar ook zo actueel mogelijk.

Voor rechterlijke instanties (of andere controle-organen) geldt dat het beroep dat openstaat voor de persoon die een schending van artikel 3 EVRM aanklaagt, een “aandachtige”, “volledige” en “strikte” controle mogelijk moet maken van de situatie van de verzoeker door het bevoegde beroepsorgaan.<sup>736</sup> De rechterlijke overheden mogen zich niet plaatsen op het fictieve moment dat de administratie de bestreden beslissing heeft genomen om de geldigheid ervan te beoordelen in het licht van artikel 3 EVRM. De indringendheid van de rechterlijke toetsing die door het Hof wordt vereist, betekent dat rechterlijke overheden gehouden zijn om nauwgezet te oordelen op grond van alle feitelijke en juridische gronden. Rechterlijke overheden moeten zich baseren op zo volledig mogelijke feiten, inclusief recente en nieuwe omstandigheden en gegevens die dateren van na de besluitvorming. Daarmee benadrukt het Hof impliciet haar stelling dat inzake de beoordeling van verdedigbare grieven op grond van artikel 3 EVRM “*the present circumstances are decisive*”.<sup>737</sup>

<sup>733</sup> EHRM 2 oktober 2012, nr. 33210/11, *Singh e.a. v. België*, par. 91.

<sup>734</sup> EHRM 2 oktober 2012, nr. 33210/11, *Singh e.a. v. België*, par. 103.

<sup>735</sup> EHRM 7 januari 2014, nr. 58802/12, *A.A. v. Zwitserland*, par. 61 e.v.: de Oostenrijkse overheden twijfelden aan de authenticiteit van de geboorteakte. Tijdens de eerste asielaanvraag werden geen documenten voorgelegd, in de tweede asielaanvraag legde de verzoeker een geboorteakte voor zonder te verduidelijken waar en hoe hij de geboorteakte had bekomen. Zolang de identiteit van de verzoeker niet kon worden vastgesteld, was het mogelijk dat de geboorteakte aan een andere persoon toebehoorde. Het Hof oordeelde dat de Oostenrijkse overheden in deze omstandigheden hadden voldaan aan hun verplichtingen tot een nauwgezet onderzoek onder artikelen 3 en 13 EVRM hadden voldaan.

<sup>736</sup> EHRM, 21 januari 2011, *M.S.S. v. België en Griekenland*, §§ 387 en 389; EHRM, 20 december 2011, *Yoh-Ekale Mwanje v. België*, §§ 105 en 107. GwH 16 januari 2014, nr. 1/2014, B.5.2.

<sup>737</sup> EHRM 11 oktober 2011, nr. 46390/10, *Avad v. Bulgarije*, par. 99, punt (f). EHRM 30 oktober 1991, nr. 13163/87, *Vilvarajah v. Verenigd Koninkrijk*, par. 107; EHRM 17 februari 2004, nr. 58510/00, *Venkadajalasarma v. Nederland*, par. 36; EHRM 17 februari 2004, nr. 61350/00, *Thampibillai v. Nederland*, par. 61; EHRM 12 april 2005, nr. 36378/02,

De onderzoeksverplichting houdt dus minstens in dat op indringende wijze een feitenvaststelling plaats heeft. Deze onderzoeksverplichting betekent echter niet noodzakelijk dat rechterlijke overheden zich daarbij een eigen onafhankelijk oordeel van de feiten dienen te vormen dat in de plaats gesteld kan worden van het oordeel dat de bestuursoverheid zich had gevormd. Zo betoogde het Verenigd Koninkrijk dat hoewel “*the domestic court would not form its own independent view of the facts which could then necessarily prevail over whatever view had been formed by the Secretary of State,*” het duidelijk was “*that in cases involving extradition and expulsion the domestic court would conduct a thorough examination of the available evidence.*”<sup>738</sup> Het Hof trad het Verenigd Koninkrijk hierin bij en stelde: “*While the applicant argued that in judicial review applications, the courts will not reach findings of fact for themselves on disputed issues, the Court is satisfied that the domestic courts give careful scrutiny to claims that an expulsion would expose an applicant to the risk of inhuman or degrading treatment. The Court is not convinced that the fact that this scrutiny takes place against the background of the criteria applied in judicial review of administrative decisions, namely, rationality and perverseness, deprives the procedure of its effectiveness. The substance of the applicant’s complaint was examined by the Court of Appeal, and it had the power to afford him the relief he sought.*”<sup>739</sup>

Het gegeven dat dit onderzoek plaats heeft in het kader van een administratief beroep dat meer terughoudend is en zich beperkt tot een redelijkheidstoets, houdt niet in dat het rechtsmiddel niet daadwerkelijk is wanneer kan worden aangetoond dat de inhoud van de grief door de rechterlijke overheid nauwgezet wordt onderzocht en die rechterlijke overheid ook passend herstel kan verlenen, bijvoorbeeld door de bestreden beslissing te vernietigen.

268. Uit de rechtspraak van het EHRM volgt niet dat de nationale bestuursoverheden en rechterlijke instanties op dezelfde wijze als het EHRM moeten toetsen. De nationale administratieve en rechterlijke procedures moeten in hun geheel wel tot eenzelfde niveau van bescherming leiden als deze die het EHRM biedt.<sup>740</sup> Om effectieve bescherming te bieden tegen refoulement, houdt dit op zijn minst in dat, in het geheel van beschikbare rechtsmiddelen, de nationale bestuurs- en rechterlijke overheden steeds een volledig en nauwgezet onderzoek voeren naar een aangevoerde grief op basis van alle feiten die gekend zijn of gekend moeten zijn. Dit vormt m.i. de ondergrens van de omvang van de onderzoeksverplichting onder artikelen 3 en 13 EVRM.

iv) *De aard en vorm van het rechtsmiddel voorzien bij een nationale bestuursoverheid*

269. De plicht voor een nationale overheid om een nauwgezet onderzoek te ondernemen naar een verdedigbare grief onder artikel 3 EVRM, maakt deel uit van de beoordeling of het geheel aan rechtsmiddelen, door de nationale wet voorzien, voldoet aan de vereisten van artikel 13 EVRM. Het is dan ook van belang om te onderlijnen dat deze verplichting tot een nauwgezet onderzoek als onafhankelijk wordt gezien van beroepsmogelijkheden.<sup>741</sup> Artikelen 3 en 13 EVRM betreffen immers niet alleen een verplichting in hoofde van rechterlijke overheden maar ook in hoofde van nationale bestuursoverheden om te reageren op de aangevoerde

---

*Shamayev e.a. v. Georgië en Rusland*, par. 33; EHRM 11 januari 2007, nr. 1948/04, *Salah Sheekh v. Nederland*, par. 136.

<sup>738</sup> EHRM 6 maart 2001, nr. 45276/99, *Hilal v. Verenigd Koninkrijk*, par. 74.

<sup>739</sup> EHRM 6 maart 2001, nr. 45276/99, *Hilal v. Verenigd Koninkrijk*, par. 77-78.

<sup>740</sup> F. VOGELAAR, “‘Protection gap’ in de asielprocedure”, *T. Vreemd*. 2013, 63.

<sup>741</sup> J.-F. AKANDJI-KOMBE, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: A Guide to the Implementation of the European Convention on Human Rights*, Human rights handbooks, No. 7, Strasbourg, Council of Europe, 2007, 60.

grievan van vreemdelingen m.b.t. een risico op een slechte behandeling bij terugkeer naar het land van herkomst.<sup>742</sup>

Het EHRM geeft geen algemene richtlijnen over de aard en vorm dat het rechtsmiddel bij een nationale overheid dient aan te nemen. Het EHRM stelt enkel dat het rechtsmiddel bij een nationale overheid een nauwgezet onderzoek moet toelaten maar hoe deze verplichting concreet wordt ingevuld, daarin worden de Staten vrijgelaten.

Niettemin meent WOUTERS dat de verplichting van een nauwgezet onderzoek door een nationale overheid impliceert dat de Staat in eerste instantie een (determinatie/onderzoeks)procedure moet organiseren waarbij de overheid door een nauwgezet onderzoek de nood aan bescherming onder artikel 3 EVRM (in casu de bescherming tegen refoulement) kan bepalen.<sup>743</sup>

Het Hof gaat niet zo ver om te stellen dat er (determinatie/onderzoeks)procedures moeten worden ingesteld, maar in de zaak *Auad* gaf het Hof wel aan dat de Bulgaarse wetgeving moest worden aangepast om voldoende waarborgen in te bouwen voor vreemdelingen die dreigen verwijderd te worden. Daartoe moet de wetgeving en de statelijke praktijk erin voorzien (1) dat er een mechanisme bestaat dat de overheid verplicht om een verdedigbare grief tegen verwijdering nauwgezet te onderzoeken en (2) dat er altijd wordt aangegeven wat het land van bestemming is en er tegen een wijziging van het land van bestemming ook een beroep kan worden ingesteld.<sup>744</sup> Met betrekking tot dit tweede punt, stelde het Hof in de zaak *Asalya* vast dat, in tegenstelling tot wat het nauwgezet onderzoek onder artikel 13 EVRM vereist, het Turkse administratieve rechtscollege op geen enkele wijze het ‘persoonlijke risico’ kan onderzoeken wanneer het een beroep behandelt tegen een verwijdering. Volgens het Hof is dit gebrek grotendeels te wijten aan het feit dat de verwijderingsmaatregel geen melding maakt van het land waarheen de verzoeker zal worden verwijderd. Het Hof oordeelde: “*The Court believes that this deficiency is due, at least to some extent, to the fact that neither the original deportation order nor any subsequent submissions by the Ministry to the domestic courts specified where exactly the applicant would be deported to. Such ambiguity is unacceptable, not only because it exacerbated the applicant’s already precarious position, but also because it inevitably hampered a meaningful examination of the risks involved in his deportation, thus rendering the protection afforded under Article 13 illusory.*”<sup>745</sup>

Voorts oordeelde het Hof dat de onmogelijkheid om een verzoek tot bescherming in te dienen, m.n. het gebrek aan toegang tot een asielprocedure op Italiaanse militaire boten in volle zee, de asielzoekers elk rechtsmiddel bij een bevoegde instantie ontnam en bijgevolg ook een grondig en nauwgezet onderzoek van hun persoonlijke omstandigheden en verzoeken, wat door het Hof als een schending van artikel 3 én artikel 13 EVRM werd gezien.<sup>746</sup>

---

<sup>742</sup> EHRM 22 september 2009, nr. 30471/08, *Abdolkhani en Karimnia v. Turkije*, par. 113: “*The Court is struck by the fact that both the administrative and judicial authorities remained totally passive regarding the applicants’ allegations of a risk of ill-treatment if returned to Iraq or Iran. It considers that the lack of any response by the national authorities regarding the applicants’ allegations amounted to a lack of ‘rigorous scrutiny’ that is required by Article 13 of the Convention.*”

<sup>743</sup> K. WOUTERS, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, supra noot 335, 330. Ook MOLE is deze mening toegedaan, zie N. MOLE en C. MEREDITH, *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2010, 117-118.

<sup>744</sup> EHRM 11 oktober 2011, nr. 46390/10, *Auad v. Bulgarije*, par. 139.

<sup>745</sup> EHRM 15 APRIL 2014, nr. 43875/09, *Asalya v. Turkije*, par. 114 met verwijzing naar EHRM 11 oktober 2011, nr. 46390/10, *Auad v. Bulgarije*, par. 133.

<sup>746</sup> EHRM 23 februari 2012, nr. 27765/09, *Hirsi Jamaa e.a. v. Italië*, par. 201-207.

v) De aard en vorm van het rechtsmiddel bij een rechterlijke instantie

270. Welke aard of vorm de nationale rechterlijke toets concreet dient aan te nemen, daarover laat het EHRM zich eveneens niet uit, maar ook hier is duidelijk dat de rechterlijke toetsing een zekere mate van intensiteit dient te hebben. Geertsema betoogt juist dat het EHRM het aan de omstandigheden van het geval overlaat om te beoordelen of de rechterlijke toetsing in casu daadwerkelijk is geweest in de zin van artikel 13 EVRM.<sup>747</sup>

Wel blijkt uit de voormelde rechtspraak dat een beoordeling door rechterlijke instanties van de aangevoerde grief waarbij enkel een zeer oppervlakkige en *ex tunc*-toetsing van de feiten plaats heeft, niet voldoet aan de vereiste van een ‘zorgvuldig en nauwgezet onderzoek’.

In de zaak *Auad* ging Hof na of de verzoeker, die beschikte over een verdedigbare grief inzake artikel 3 EVRM, toegang had tot een daadwerkelijk rechtsmiddel.<sup>748</sup> Met betrekking tot de voorwaarde van een zo nauwkeurig mogelijk onderzoek, stelde het Hof vast dat wanneer de verzoeker een beroep indiende tegen de verwijderingsmaatregel, de Bulgaarse rechterlijke overheden uitdrukkelijk weigerden om de aangevoerde grief te onderzoeken, waarbij er werd gesteld dat elke bedreiging van de verzoeker in Libanon ‘irrelevant’ was voor de bepaling van de wettelijkheid van zijn verwijdering. Een rechterlijke toetsing die zich zuiver beperkt tot een wettigheidstoezicht op de verwijderingsmaatregel, volstaat geenszins wanneer een verdedigbare grief op basis van artikel 3 EVRM tegen die verwijderingsmaatregel als ‘irrelevant’ wordt beschouwd voor het bepalen van de wettelijkheid van de maatregel en deze rechterlijke toetsing bovendien niet gepaard gaat met een automatisch schorsend effect. De beschikbare rechtsmiddelen in de Bulgaarse wetgeving voldeden aldus niet aan de vereiste van artikel 13 EVRM. Hoewel de Bulgaarse overheden beweerden dat het risico zou worden onderzocht bij de uitvoering van de verwijdering en dat de overheden de verzoeker niet zouden verwijderen zonder zich ervan te verzekeren dat situatie van de verzoeker niet viel onder het refoulementverbod, zoals opgenomen in de relevante Bulgaarse wetgeving, stelde het Hof vast dat zulke waarborgen evenwel niet voorhanden waren. Er was geen garantie dat voor het uitvoeren van de verwijdering, de verzoekers grief onder artikel 3 EVRM zou worden onderzocht. Daarenboven waren de Bulgaarse overheden niet in staat om een procedure aan te wijzen waarmee de verzoeker de beoordeling van zijn grief kon betwisten. Uit de Bulgaarse wetgeving bleek niet dat het mogelijk was om een afzonderlijk beroep in te dienen tegen de uitvoering van de verwijderingsmaatregel, laat staan dat er een andere mogelijkheid bestond om passend herstel te bekomen in overeenstemming met de voorwaarden van een onafhankelijk en zo nauwkeurig mogelijk onderzoek dat gepaard gaat met een automatisch schorsend effect. Het Hof stelde ook vast dat de verwijderingsmaatregel geen melding maakte van het bestemmingsland, omdat dit niet onder nationale wetgeving was vereist. Het Hof zag zich dan ook genoopt om in het kader van artikel 46, lid 1, van het EVRM algemene maatregelen op te leggen om nieuwe schendingen te voorkomen. Het Hof oordeelde dat zowel wijzigingen in de Bulgaarse wetgeving als in de praktijk nodig waren, waaronder de installatie van een mechanisme dat de bevoegde overheden verplicht om nauwgezet een verdedigbare grief onder artikel 3 EVRM te onderzoeken; een zo nauwkeurig mogelijk onderzoek door rechtbanken van een grief inzake artikel 3 EVRM en het toekennen van een automatisch schorsend effect gedurende de behandeling van een beroep met betrekking tot een dergelijke verdedigbare grief inzake artikel 3 EVRM.<sup>749</sup>

271. Het EHRM heeft anderzijds in andere zaken aangegeven dat beroepsmogelijkheden bij rechterlijke instanties in principe een daadwerkelijk rechtsmiddel uitmaken in de zin van

<sup>747</sup> K. GEERTSEMA, “Toetsing oordeel geloofwaardigheid van het asielrelaas: Terughoudendheid in soorten en maten”, *A&MR* 2012, 255.

<sup>748</sup> EHRM 11 oktober 2011, nr. 46390/09, *Auad v. Bulgarije*, par. 117-123.

<sup>749</sup> EHRM 11 oktober 2011, nr. 46390/10, *Auad v. Bulgarije*, par. 139.

artikel 13 EVRM met betrekking tot de grieven in het kader van een verwijdering, op voorwaarde dat de rechterlijke instanties daadwerkelijk de wettelijkheid van een discretionaire bestuubeslissing op inhoudelijke en procedurele gronden kunnen onderzoeken.<sup>750</sup> Doorslaggevend was hier de toetsingsmaatstaf die wordt gehanteerd ten aanzien van de feitelijke en juridische gronden.

Zo oordeelde het Hof dat de redelijkheidstoets (nl. de vraag of een beslissing wettelijk, redelijk en procedureel correct is) die door rechters in het Verenigd Koninkrijk wordt toegepast in verwijderingszaken wel voldeed aan artikel 13 EVRM, in combinatie met artikel 3 EVRM, omwille van rigoreusheid en grondigheid ervan. Dit werd gemotiveerd door het feit dat rechters in verwijderingszaken *“have stressed their special responsibility to subject administrative decisions in this area to the most anxious scrutiny where the applicant’s life or liberty may be at risk.”*<sup>751</sup> Hoewel *“the domestic court would not form its own independent view of the facts which could then necessarily prevail over whatever view had been formed by the Secretary of State,”* was het duidelijk *“that in cases involving extradition and expulsion the domestic court would conduct a thorough examination of the available evidence.”*<sup>752</sup> Het Hof besloot dat *“It was satisfied that English courts could effectively control the legality of executive discretion on substantive and procedural grounds and quash decisions as appropriate. It was also accepted that a court effecting judicial review would have power to quash a decision to expel or deport an individual to a country where it was established that there was a serious risk of inhuman or degrading treatment, on the ground that in all the circumstances of the case the decision was one that no reasonable Secretary of State could take.”*<sup>753</sup> De toetsing door de rechters in het Verenigd Koninkrijk, met name de zgn. ‘irrationality and perverseness’-test, toont zich voldoende indringend om als een daadwerkelijk rechtsmiddel te kunnen worden aangemerkt.

272. Tenslotte spreekt het EHRM zich niet uit over de concrete gevolgen die moeten worden verbonden aan de conclusies van het nauwgezet onderzoek door de rechterlijke instantie. Het EHRM stelt enkel dat ‘passend herstel’ moet worden toegekend. De rechterlijke instanties moet dus kunnen remediëren. Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt niet dat de daadwerkelijkheid van het rechtsmiddel vereist dat een rechterlijke overheid over de mogelijkheid moet beschikken om een bestreden beslissing te hervormen, dit is dat de rechter zijn beslissing in het plaats kan stellen van het bestuur.

In het verlengde van de voormelde zaken die betrekking hadden op het Verenigde Koninkrijk, en waar het Hof had vastgesteld dat de rechterlijke toetsing voldoende indringend was, heeft het Hof meermaals gesteld dat een enkele annulatiebevoegdheid voldoet : *“La Cour réaffirme qu’une procédure de contrôle juridictionnel constitue en principe un recours effectif, au sens de l’article 13 de la Convention, pour faire état de griefs en matière d’expulsion et d’extradition, dès lors que les juridictions peuvent effectivement contrôler la légalité des décisions prises par le pouvoir exécutif dans l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire, tant par rapport aux règles de fond que par rapport aux règles de procédure, et qu’elles ont le pouvoir, le cas échéant, d’annuler les décisions (voir, mutatis mutandis, Hilal c. Royaume-Uni, n° 45276/99, 6.3.2001, §§ 75-77)”*<sup>754</sup>

---

<sup>750</sup> EHRM 20 juli 2010, nr. 4900/06, *A. v. Nederland*, par. 158.

<sup>751</sup> EHRM 28 juni 2011, nrs. 8319/07 en 11449/07, *Sufi en Elmi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 218.

<sup>752</sup> EHRM 26 september 1991, nr. 45/1990/236/302-306, *Vilvarajah e.a. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 125-126.

<sup>753</sup> EHRM 6 maart 2001, nr. 45276/99, *Hilal v. Verenigd Koninkrijk*, par. 74.

<sup>754</sup> EHRM 6 maart 2001, nr. 45276/99, *Hilal v. Verenigd Koninkrijk*, par. 77.

<sup>754</sup> EHRM 23 februari 2002, nr. 48321/99, *Slivenko v. Litouwen*, par. 99 (onvankelijkheidsbeslissing). Zie ook EHRM 20 juli 2010, nr. 4900/06, *A. v. Nederland*, par. 158; EHRM 1 juni 2010, nr. 29031/04, *Baysakov v. Ukraine*, par. 75; EHRM 8 juli 2010, nr. 14049/08, *Abdulazhon Isakov v. Rusland*, par. 137; EHRM 10 juni 2010, *Garayev v. Azerbeidjan*, nr. 53688/08, par. 84; EHRM 3 maart 2011, *Elmuratov v. Oostenrijk*, nr. 66317/09, par. 126.

Hieruit kan worden besloten dat een enkele bevoegdheid om een bestreden verwijderingsbeslissing te vernietigen na een nauwgezet onderzoek van de grief, als een voldoende passend herstel wordt beschouwd.

273. Bovenstaande beginselen gelden evenzeer wanneer een verdedigbare grief wordt aangevoerd op basis van artikel 2 EVRM of op basis van artikel 4 van Protocol nr. 4, aldus het Hof.<sup>755</sup> Men kan argumenteren dat deze beginselen geldt t.a.v. alle absolute rechten, zoals artikel 4 EVRM, die eveneens aanleiding geven tot een absoluut non-refoulementbeginsel. Wat betreft relatieve rechten afgeleid uit het EVRM zou men kunnen stellen dat bovenstaande beginselen inzake een daadwerkelijk rechtsmiddel ook kunnen gelden wanneer er een verdedigbare grief wordt aangevoerd dat een flagrante schending in het land van herkomst de essentie van deze relatieve rechten raakt en aldus aanleiding geeft tot non-refoulement.

---

<sup>755</sup> EHRM, Grote Kamer, 13 december 2012, nr. 22689/07, *Souza Ribeiro v. Frankrijk*, par. 82 *in fine*.



#### **§ 4. Tussenbesluit**

274. De enkele zin van artikel 3 EVRM “*Niemand mag worden onderworpen aan folteringen of aan onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen*” en de interpretatie die het Hof gaandeweg daaraan heeft gegeven, heeft verstrekende gevolgen op het verwijderingsbeleid van deze verdragsluitende Staten. Niettegenstaande de soevereine bevoegdheid van de Staten inzake migratiecontrole, kan de gedwongen verwijdering van een vreemdeling aanleiding geven tot een schending van artikel 3 EVRM en daardoor de verantwoordelijkheid van een Staat in het gedrang brengen wanneer er zwaarwegende gronden bestaan om aan te nemen dat de vreemdeling, indien hij terugkeert, een reëel risico loopt op blootstelling aan een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM. Non-refoulement functioneert als een uitzondering op de staatssoevereiniteit inzake migratiecontrole, maar kan daarbij een Staat met onverwachte gevolgen confronteren. Uit de fundamentele en absolute norm die in artikel 3 EVRM is vervat en uit de bezorgdheid om de effectieve bescherming te verzekeren, vloeien een aantal belangrijke beginselen en verantwoordelijkheden voort.

275. In principe maakt het bij de beoordeling van het non-refoulementbeginsel niet uit van wie het gevaar uitgaat. De bron van de schade kan overheidsactoren of niet-overheidsactoren betreffen, alsook de vreemdeling zelf of bepaalde factoren en omstandigheden. Zo werd aanvaard dat huiselijk geweld aanleiding kan geven tot een reëel risico op een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM. Er moet wel worden aangetoond dat de overheid, maar eventueel ook andere partijen of actoren, het reëel risico op gevaar niet kunnen verhinderen door de geschikte bescherming te verschaffen (bijvoorbeeld omdat er geen intern vluchtalternatief voorhanden is of omdat er geen afdoende diplomatieke waarborgen worden gegeven). Het Hof benadrukt dat waar het land van oorsprong bescherming kan bieden, de vreemdeling zich dan ook eerder op deze bescherming moet beroepen dan op de bescherming die een andere Staat kan bieden. De mogelijkheid van bescherming door het land van oorsprong, herleidt het reëel risico tot verwaarloosbare proporties en ontslaat de verdragsluitende Staat van een verantwoordelijkheid tot bescherming.

276. Echter, wanneer er geen afdoende bescherming voorhanden is in het land van oorsprong, heeft de rechtspraak van het Hof een zeer verregaande verantwoordelijkheid tot bescherming in hoofde van de verdragsluitende Staten vastgesteld. Immers, wanneer het bestaan van een reëel risico wordt vastgesteld, dan schendt de verwijdering van de vreemdeling noodzakelijkerwijze artikel 3 EVRM, ongeacht of het risico voortvloeit uit een situatie van algemeen geweld, een persoonlijk kenmerk/omstandigheden of een combinatie van de twee.<sup>756</sup> Bij de beoordeling moet men zich dus concentreren op de voorzienbare gevolgen van de verwijdering in het land van oorsprong, waarbij de verwijdering wordt beoordeeld in het licht van de algemene situatie in het land van herkomst, alsook van de persoonlijke omstandigheden van de vreemdeling.

277. Het Hof heeft aanvaard dat een situatie van algemeen geweld aanleiding kan geven tot een reëel risico op een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM, maar de drempel wordt hiervoor hoog gelegd. Een situatie van algemeen geweld zal enkel ‘in de meest extreme gevallen’ als voldoende ernstig en indringend worden beschouwd om een dergelijk risico te creëren. In die gevallen bestaat een reëel risico op een slechte behandeling “*simply by virtue of an individual being exposed to such violence on return*”.<sup>757</sup> Hiermee biedt het Hof

---

<sup>756</sup> EHRM 28 juni 2011, nrs. 8319/07 en 11449/07, *Sufi en Elmi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 218.

<sup>757</sup> EHRM 28 juni 2011, nrs. 8319/07 en 11449/07, *Sufi en Elmi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 218.

bescherming in situaties waar de overheid faalt in een van haar meest essentiële functies, meer bepaald het verzekeren van de veiligheid van haar burgers (zgn. ‘*failed States*’). Het Hof hanteert geen vaste criteria voor de beoordeling van de intensiteit van een situatie van algemeen geweld; uit de zaak *Sufi en Elmi* blijkt duidelijk dat het Hof deze beoordeling geval per geval zal uitvoeren en naargelang de context passende criteria zal gebruiken.

278. Waar een situatie van algemeen geweld niet een voldoende niveau van intensiteit heeft bereikt (bijvoorbeeld omdat het slechts een situatie van algemene instabiliteit betreft), moet worden nagegaan of het risico eerder voortvloeit uit de persoonlijke situatie of de karakteristiek van het individu of een combinatie van het algemeen geweld met de persoonlijke karakteristiek. Zo oordeelde het Hof dat er een reëel risico bestaat wanneer het individu behoort tot een bepaalde groep die systematisch wordt blootgesteld aan een praktijk van slechte behandelingen. Behoort een individu niet tot zo’n groep, dan zal worden nagegaan of het individu beschikt over specifiek onderscheidende kenmerken, die hem op ongunstige wijze onder de aandacht kunnen brengen, en waardoor hij het risico loopt om te worden blootgesteld aan een slechte behandeling.

279. De verantwoordelijkheid van de verdragsluitende Staten bij de verwijdering van een vreemdeling beperkt zich daardoor niet meer tot de klassieke voor de hand liggende situatie waarin een individu omwille van een specifiek persoonlijk kenmerk een reëel risico loopt op een slechte behandeling, zoals de politieke activist die slechte behandeling door de overheid van zijn land van oorsprong vreest. Het Hof heeft het non-refoulementbeginsel aldus ook toepasselijk geacht in andere, minder voor de hand liggende situaties, zoals gewapende binnenlandse conflicten. Vanuit de bezorgdheid om effectieve bescherming te verzekeren, houdt het Hof rekening met hedendaagse omstandigheden, waaronder de evoluerende aard van conflicten. In de zaak *Vilvarajah* voerde de overheid van het Verenigd Koninkrijk aan dat bij het bepalen van een statelijke verantwoordelijkheid, er een evenwicht moest worden gevonden tussen de eisen van het algemeen belang en de vereisten van de bescherming van de individuele grondrechten. Immers “*The consequences of finding a breach of Article 3 in the present case would be that all other persons in similar situations facing random risks on account of civil turmoil in the state where they lived would be entitled not to be removed, thereby permitting the entry of a potentially very large class of people with the attendant serious social and economic consequences.*”<sup>758</sup> Het is duidelijk dat het Hof in zijn latere rechtspraak zich niet helemaal heeft laten leiden door deze bezorgdheid, hoewel een situatie van algemeen geweld enkel in de meest extreme gevallen aanleiding zal geven tot non-refoulement.

280. Het non-refoulementbeginsel onder artikel 3 EVRM is toepasselijk op elke vreemdeling, ongeacht zijn nationaliteit en verblijfsstatus, ongeacht de reden of grond voor de gevreesde behandeling (m.a.w. ongeacht de vervolgingsgrond) in het land van oorsprong en ongeacht het eventuele criminele of gevaarlijke gedrag van de vreemdeling. Het absolute karakter van het verbod onder artikel 3 EVRM wordt door het Hof telkens herbevestigd, m.a.w. het laat geen enkele belangenafweging toe. De bescherming van de vreemdeling primeert in deze op de bescherming van de belangen van de verdragsluitende Staat. Paradoxaal genoeg zijn de verdragsluitende Staten, doordat ze zich hebben geëngageerd om de hoge standaarden in het EVRM na te leven, ook genoopt om als democratische rechtsstaten een zeker risico te aanvaarden in ruil voor het handhaven en het in ere houden van deze fundamentele rechten en vrijheden. Met andere woorden, om verworven vrijheden blijvend te garanderen, offert men een deel van zijn/haar veiligheid op. Door een mensenrechtelijke bescherming te bieden

---

<sup>758</sup> EHRM 26 september 1991, nr. 45/1990/236/302-306, *Vilvarajah e.a. v Verenigd Koninkrijk*, par. 102, par. 105.

aan eenieder die zich op het grondgebied van een verdragsluitende Staat bevindt, stelt zo'n Staat zichzelf dan ook in sommige gevallen bloot aan gevaar op eigen grondgebied.

281. Het Hof heeft er meermaals op gewezen dat het Verdrag een 'levend instrument' is dat geïnterpreteerd moet worden in het licht van de hedendaagse omstandigheden.<sup>759</sup> Een dergelijke evoluerende en dynamische interpretatie van het Verdrag heeft ertoe geleid dat artikel 3 EVRM meer beschermt dan lijf en leden. Deze bescherming beperkt zich niet tot het leven of de fysieke integriteit van een individu maar heeft ook oog voor de menselijke waardigheid van het betrokken individu. In het streven van het Hof om het EVRM als een levend instrument te benaderen, wordt artikel 3 EVRM nu ook toepasselijk geacht op de socio-economische of humanitaire omstandigheden die het Hof heden onaanvaardbaar acht omdat de menselijke waardigheid daardoor in het gedrang wordt gebracht. Een burgerlijk recht evolueert als zodanig naar een quasi sociaal recht of anders gezegd een recht met humanitair potentieel.

282. Het EHRM heeft erkend dat de bescherming van de menselijke waardigheid en vrijheid behoort tot de essentie van het EVRM.<sup>760</sup> In de rechtsleer wordt aangegeven dat de bescherming van de menselijke waardigheid in wezen een vorm van beschaving betreft.<sup>761</sup> Het begrip 'menselijke waardigheid' heeft geen normatieve basis noch een definitie in het EVRM. Het is een begrip dat wordt gehanteerd in de rechtspraak van het Hof.<sup>762</sup> Het betreft een 'open' begrip dat het Hof gebruikt ter interpretatie van bepalingen uit het EVRM, in het bijzonder artikelen 3 en 8 EVRM. De inhoud van het begrip menselijke waardigheid verschilt dan ook naargelang de context of de situatie waarin het wordt gebruikt, evenwel steeds met het doel om de bescherming verleend onder het EVRM verder uit te breiden, rekening houdend met de hedendaagse omstandigheden.

283. Het vaststellen van een eventuele schending van de menselijke waardigheid door het Hof is daarom niet enkel van belang voor het betrokken individu maar ook voor de samenleving als geheel. Door een schending van de menselijke waardigheid vast te stellen doet het Hof immers een uitspraak over wat 'beschaafd gedrag' ten aanzien van medemensen uitmaakt en welke rol de verdragsluitende Staten dienen te spelen in de bescherming van individuen. In de specifieke context van artikel 3 EVRM als non-refoulementbeginsel houdt dit met name een stellingname in van het Hof over de behandelingen of situaties in een land van oorsprong of herkomst waartegen een individu dient te worden beschermd.

284. Deze evolutieve of dynamische interpretatie van het Verdrag, in casu via het begrip 'menselijke waardigheid', vormt een van de belangrijke interpretatietechnieken van het Hof. Dit is volgens Vande Lanotte echter een techniek die met de grootste omzichtigheid moet worden gehanteerd. De grens tussen de interpretatie van het Verdrag, enerzijds, en een wijziging van het Verdrag, anderzijds, kan door deze interpretatietechniek worden overschreden.<sup>763</sup>

285. Het is algemeen geweten dat men het Hof steeds meer verwijt te kiezen voor een activistische rechtspraak waarbij het Hof de plaats inneemt van de relevante nationale

---

<sup>759</sup> EHRM 25 februari 1978, nr. 5856/72, *Tyrer v. Verenigd Koninkrijk*, par. 31.

<sup>760</sup> EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02, *Pretty v. Verenigd Koninkrijk*, par. 65.

<sup>761</sup> Zie C. McCRUDDEN, "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights", *EJIL* 2008, 655-724; C. DUPRE, "Unlocking Human Dignity: Towards a Theory for the 21<sup>st</sup> Century", *EHHR* 2009, 190-205. Zie ook in deze zin EHRM 22 november 1995, nr. 20166/92, *SW v. Verenigd Koninkrijk*, par. 44.

<sup>762</sup> Dit in tegenstelling tot het artikel 1 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie dat uitdrukkelijk verwijst naar de menselijke waardigheid die onschendbaar is en moet worden geëerbiedigd en beschermd.

<sup>763</sup> J. VANDE LANOTTE EN Y. HAECK, *Handboek EVRM – deel 1 Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 192-195.

instanties en zijn subsidiaire bevoegdheid uit het oog verliest met onvoorziene of zelfs ongewenste effecten op de verblijfsreglementering tot gevolg.<sup>764</sup> Zo stuit het feit dat het Hof aan een burgerlijk recht zoals artikel 3 EVRM, via het begrip ‘menselijke waardigheid’, een steeds meer socio-economische dimensie geeft, tegen de borst. Volgens kritische stemmen wordt er zo een uitwerking aan de verdragsrechten gegeven die de verdragsluitende Staten oorspronkelijk niet voor ogen hadden. De uitbreidende rechtspraak omtrent artikel 3 EVRM wordt ook bekritiseerd omdat ze in verwijderingszaken een steeds grotere verantwoordelijkheid legt bij de verdragsluitende Staten en daardoor de soevereiniteit van de verdragsluitende Staten, meer bepaald hun prerogatief inzake migratiecontrole, beperkt. De rechtspraak van het Hof doorkruist zo bepaalde nationale beleidslijnen inzake migratiecontrole, klinkt het.

286. Het is niet de bedoeling van dit proefschrift om verder in te gaan op het huidige debat omtrent de rol van het Hof noch om de gevolgen van zijn rechtspraak te minimaliseren. Er kan niet worden ontkend dat de hierboven besproken rechtspraak van het Hof de verantwoordelijkheid van de verdragsluitende Staten inzake refoulement heeft uitgebreid. De verdragsluitende Staten dienen bij de verwijdering van vreemdelingen nu ook oog te hebben voor de socio-economische of humanitaire situatie waarin een vreemdeling terecht komt.

287. Op het eerste gezicht lijkt het onderscheid dat het Hof maakt tussen socio-economische of humanitaire situaties veroorzaakt door actoren, enerzijds, of factoren, anderzijds, bedoeld om voorlopig deze uitbreidende interpretatie van artikel 3 EVRM binnen een welbepaald kader beheersbaar te houden. Het Hof lijkt zekere waarborgen in te bouwen tegen een te verregaande en te belastende verantwoordelijkheid van de verdragsluitende Staten in verwijderingszaken. Daardoor toont het Hof zich enigszins bewust te zijn van de maatschappelijke en financiële gevolgen van een te verregaande socio-economische interpretatie van artikel 3 EVRM voor de verdragsluitende Staten.

288. De rechtspraak van het Hof maakt duidelijk dat waar precare leefomstandigheden worden veroorzaakt door *objectieve factoren of omstandigheden*, zoals natuurlijk voorkomende fenomenen (bijvoorbeeld ziekte of droogte) al dan niet in combinatie met ontoereikende medische voorzieningen en/of sociale bijstand als gevolg van een gebrek aan overheidsmiddelen, er zeer uitzonderlijke omstandigheden vereist zijn vooraleer we kunnen spreken van een schending van artikel 3 EVRM. Het reële risico op een onmenselijke of vernederende benadering is dan immers niet rechtstreeks noch onrechtstreeks toerekenbaar aan de overheden van het land van terugkeer. Waar factoren of omstandigheden een nadelige socio-economische behandeling of een humanitaire situatie creëren, toont het Hof zich zeer terughoudend en lijkt het verbod op een schending van artikel 3 EVRM minder absoluut. Het Hof laat zich hier in wezen leiden door een belangenafweging. Zo benadrukte het Hof in de

---

<sup>764</sup> Zie in deze zin M.-C. FOBLETS, “Vervolgen of bedrogen beleidsvisies? 30 jaar Belgische Vreemdelingenwet (1980-2010)”, in W. BRUGGEMAN, E. DE WREE, J. GOETHALS, P. PONSARER, P. VAN CALSTER, T. VANDER BEKEN en G. VERMEULEN (eds.), *Van pionier tot onmisbaar: 30 jaar Panopticon*, Antwerpen, Maklu, 692. Tekenend voor deze tendens is het Nederlandse Conceptregerakkoord van de VVD en CDA met gedoogsteun van de PVDA van 30 september 2010 waarin werd gesproken over “het zoveel mogelijk benutten van de mogelijkheden voor een restrictief en selectief migratiebeleid binnen de bestaande juridische kaders, waaronder het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens”. Zie ook de notitie van 10 november 2010 van de Commissie Meijers m.b.t. het Nederlands regeerakkoord waarin de juridische grenzen worden uiteengezet waarmee de regering rekening moet houden bij de tenuitvoerlegging van een nieuw migratiebeleid, waaronder de bepalingen van het EVRM. Over deze discussie, zie T. ZWART, “Een steviger opstelling tegenover het Europees Hof voor de Rechten van de Mens bevordert de rechtsstaat”, *NJB* 2011, 343; J. GERARDS, “Waar gaat het debat over het EHRM nu eigenlijk over?”, <http://www.Njblog.nl>, 16 maart 2011, T. SPIJKERBOER, “Het debat over het Europese Hof voor de Rechten van de Mens”, *NJB* 2012, 254. M. BOSSUYT, “Should the Strasbourg Court exercise more self-restraint? On the extension of the jurisdiction of the European Court of Human Rights to social security regulations”, *Human Rights Law Journal* 2007, 327; M. BOSSUYT, “Judges on Thin Ice: the European Court of Human Rights and the Treatment of Asylum Seekers”, *Inter-American and European Human Rights Journal*, 2010, 3-48; M. BOSSUYT, *Strasbourg et les demandeurs d’asile: Des juges sur un terrain glissant*, Brussel, Bruylant, 2010, 189p.

zaak *N.* dat “*inherent in the whole of the Convention is a search for a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights.*”<sup>765</sup> Het is duidelijk dat artikel 3 EVRM als een burgerlijk recht ook socio-economische implicaties heeft, maar het is volgens het Hof niet de bedoeling dat verdragsluitende Staten verantwoordelijk worden gesteld voor alle ongelijkheden in de wereld die het gevolg zijn van natuurlijk voorkomende fenomenen (zoals een ziekte of natuurrampen) en/of het gebrek aan voldoende overheidsmiddelen in het land van terugkeer. Een verplichting tot het onbeperkt openstellen van de socio-economische stelsels (bijvoorbeeld gezondheidszorg of sociale bijstand) van de verdragsluitende Staten voor alle vreemdelingen zonder regelmatig verblijf zou een te grote last plaatsen op de verdragsluitende Staten.<sup>766</sup>

289. Het Hof verkiest daarom om bij dergelijke situaties (“*particularly where the case does not concern the direct responsibility of the Contracting State for the possible harm*”)<sup>767</sup> een hoge drempel te hanteren. Er moet namelijk sprake zijn van zeer uitzonderlijke omstandigheden waar de humanitaire overwegingen die pleiten tegen verwijdering klemmend zijn. Het is veelbetekenend dat nog maar een aantal keren door het Hof werd geoordeeld dat dergelijke zeer uitzonderlijke omstandigheden aanwezig waren. Met betrekking tot ernstig zieke vreemdelingen dient er niet enkel sprake te zijn van een ernstige ziekte maar ook van een quasi totale afwezigheid of gebrek aan adequate medische behandeling en een gebrek aan familiale of sociale opvang en steun in het land van herkomst.

290. Ernstige humanitaire omstandigheden of socio-economische behandelingen die het gevolg zijn van het handelen of de nalatigheid van actoren (overheidsactoren of niet-overheidsactoren), kunnen ook aanleiding geven tot het vaststellen van een schending onder artikel 3 EVRM. Dit is het geval wanneer een betrokken persoon zich in preciaire leefomstandigheden bevindt. Dit is een situatie van extreme armoede die wordt gekenmerkt door de onmogelijkheid om te voorzien in elementaire levensbehoeften zoals voedsel, hygiëne en huisvesting. Zowel in de individuele zaak *M.S.S.* als in de zaak *Sufi en Elmi* stelde het Hof een zodanig ernstige humanitaire situatie vast, door overheids- en niet-overheidsactoren gecreëerd, dat de menselijke waardigheid van de verzoekers danig werd geschonden. Een verbod op refoulement werd vastgesteld.

291. In die gevallen waar het actoren zijn die rechtstreeks of onrechtstreeks een bepaalde preciaire socio-economische of humanitaire situatie veroorzaken, blijkt echter duidelijk dat een situatie van extreme armoede op zich niet volstaat om artikel 3 EVRM te schenden. Er zijn bijkomende elementen nodig die de mensonwaardigheid van de preciaire leefomstandigheden of een situatie van extreme armoede verder verscherpen vooraleer een reëel risico op onmenselijke of vernederende behandeling wordt vastgesteld. Uit de besproken arresten blijkt dat een combinatie van elementen is vereist. Daarbij wordt gekeken naar de eventuele kwetsbaarheid voor een fysiek slechte behandeling, het geringe vooruitzicht op verbetering van de situatie binnen een redelijke termijn, de status van de betrokkene als lid van een kwetsbare groep, aangegane EU-verplichtingen en internationale verplichtingen en de eventuele omstandigheid dat de preciaire leefomstandigheden het cumulatief gevolg zijn van een situatie van algemeen geweld of discriminatie. Het loutere feit dat iemand niet in zijn elementaire levensbehoeften kan voorzien is, ten minste aldus de voorlopige stand van zaken in de rechtspraak van het Hof, op zich geen voldoende element om te besluiten tot non-refoulement.

---

<sup>765</sup> EHRM 27 mei 2008, nr. 26565/05, *N. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 44.

<sup>766</sup> EHRM 27 mei 2008, nr. 26565/05, *N. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 44.

<sup>767</sup> EHRM 13 oktober 2011, nr. 10611/09, *Husseini v. Zweden*, par. 94.

292. In de zaak *S.H.H.* hield het Hof eraan om de uitzonderlijkheid van de conclusies in de zaak *M.S.S.* en de zaak *Sufi en Elmi* te benadrukken. Het Hof onderstreepte dat in de zaak *M.S.S.* de status van de betrokkene als lid van een ondergeprivilegieerde en kwetsbare groep met nood aan bijzondere bescherming, enerzijds, en de positieve verplichtingen voortvloeiend uit de EU-wetgeving t.a.v. deze groep, m.n. asielzoekers, anderzijds, doorslaggevend waren. Het gegeven dat het Hof de benadering gevolgd in de zaak *M.S.S.* eveneens toepaste op de zaak *Sufi en Elmi*, is volgens het Hof enkel te wijten aan de uitzonderlijke en extreme omstandigheden in Somalië waar de humanitaire crisis voornamelijk te wijten was aan het feit dat de partijen in het conflict gebruik hadden gemaakt van willekeurige oorlogsmethoden.

293. Na de zaak *S.H.H.* lijkt het onderscheid dat de rechtspraak maakt tussen factoren en actoren echter op de helling te worden gezet en kan het nut van dit onderscheid in vraag worden gesteld. Eerst en vooral lijkt het onderscheid mij niet in alle gevallen voldoende duidelijk te zijn. Het zal niet altijd even eenvoudig zijn om een onderscheid te maken tussen humanitaire situaties die het gevolg zijn van menselijk handelen en andere humanitaire situaties die het gevolg zijn van natuurlijke fenomenen en/of een louter gebrek aan overheidsmiddelen. Sommige humanitaire situaties kunnen worden veroorzaakt door een mengeling of wisselwerking van actoren en factoren. Hiervan is de klimaatopwarming een goed voorbeeld. Het is niet duidelijk hoe het Hof dergelijke situaties zal beoordelen. Hoe zal het Hof voorts extreem armoedige leefomstandigheden beoordelen wanneer deze worden veroorzaakt door slecht bestuur en wijdverspreide corruptie? Kan het Hof zich hier beperken tot de stelling dat het een gebrek aan overheidsmiddelen betreft wanneer dit gebrek aan overheidsmiddelen zijn oorsprong vindt in opzettelijke daden en nalatigheden van de betrokken overheden? Kunnen dergelijke veelvoorkomende situaties ook aanleiding geven tot non-refoulement? De toekomstige rechtspraak van het Hof zal wellicht hierin uitsluitsel brengen en de grenzen verder verduidelijken.

294. Voorts maakt het Hof in de zaak *S.H.H.* duidelijk dat ongeacht of een socio-economische behandeling of humanitaire omstandigheden te wijten zijn aan actoren of factoren, er voor beide situaties een hoge drempel wordt gehanteerd. Alvorens een schending van artikel 3 EVRM wordt aangenomen, zullen, ongeacht de bron die aan de oorsprong van het gevreesde risico op onmenselijke behandeling ligt, zeer uitzonderlijke omstandigheden moeten worden vastgesteld.

295. Discussies worden dan ook eerder veroorzaakt door de hoge drempel die wordt gehanteerd bij de beoordeling van precare socio-economische of humanitaire situaties, dan de vraag wie of wat aan de bron van een bepaalde aangeklaagde situatie ligt. Binnen het Hof bestaat er onenigheid over de concrete invulling van de vereiste 'zeer uitzonderlijke omstandigheden'. Concreet, wanneer zijn de humanitaire overwegingen die pleiten tegen een verwijdering voldoende klemmend?

296. De Grote Kamer stelde in de zaak *N.* ten aanzien van ernstig zieke vreemdelingen dat *"The fact that the applicant's circumstances, including his life expectancy, would be significantly reduced if he were to be removed from the Contracting State is not sufficient in itself to give rise to breach of Article 3"*.<sup>768</sup> De humanitaire overwegingen dienen in het geval van ernstig zieke vreemdelingen dus van een nog meer klemmende aard te zijn. Concreet in deze zaak oordeelde het Hof dat de toestand van verzoekster *N.* stabiel was dankzij de behandelingen in het Verenigd Koninkrijk waardoor zij zich niet langer in een kritiek stadium bevond en in staat was om te reizen.

---

<sup>768</sup> EHRM 27 mei 2008, nr. 26565/05, *N. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 42.

In een *dissenting opinion* verwierpen drie rechters de beoordeling van de meerderheid in de zaak *N*. In concreto meenden ze dat er in deze zaak wel sprake was van ‘uitzonderlijke omstandigheden’. Op een meer algemeen niveau hekelden ze ook de algemene principes die de meerderheid had neergelegd. Ze voerden aan dat deze zaak wel degelijk “(...) is a case about one of the core fundamental civil rights guaranteed under the Convention, namely that of Article 3.” Ze herinnerden eraan dat een belangenafweging in het kader van artikel 3 EVRM duidelijk verworpen was door het Hof in de zaak *Saadi*. Deze minderheid meende dat het absolute karakter van artikel 3 EVRM en de aard zelf van de rechten in het EVRM volledig zouden worden ondermijnd als het genot van deze rechten wordt beperkt op basis van beleidsoverwegingen zoals financiële budgetbeperkingen. Ze verwierpen dan ook de impliciete bewering dat het vaststellen van een schending van artikel 3 EVRM in deze zaak de sluisdeuren zou openen voor medische migratie en Europa de ziekenboeg van de wereld zou maken.<sup>769</sup>

297. In de zaak *Yoh-Ekale Mwanje*, hoewel met unanimité beslist, voegden zes rechters een gemeenschappelijke ‘*opinion partiellement concordante*’ toe. Om de rechtszekerheid te behouden, volgden deze zes rechters loyaal de rechtspraak van de Grote Kamer in de zaak *N. v. Verenigd Koninkrijk*, wat betekent dat “*il faut donc des considérations humanitaires encore plus impérieuses et que la personne soit à un stade ultime de la maladie, proche de la mort, pour que l'éloignement puisse (...) emporter violation de l'article 3 de la Convention*”. In de zaak *Yoh-Ekale Mwanje* werden echter zulke klemmende humanitaire overwegingen niet vastgesteld, aangezien de gezondheidstoestand van de verzoekster ondertussen was gestabiliseerd en dus niet langer kritiek. Volgens de zes rechters: “*Nous pensons cependant qu'un seuil de gravité aussi extrême – être quasi-mourant – est difficilement compatible avec la lettre et l'esprit de l'article 3, un droit absolu qui fait partie des droits les plus fondamentaux de la Convention et qui concerne l'intégrité et la dignité de la personne. A cet égard, la différence entre une personne qui est sur son lit de mort ou dont on sait qu'elle est condamnée à bref délai nous paraît infime en termes d'humanité.*”<sup>770</sup> Deze zes rechters hopen dat het Hof op een zekere dag zijn rechtspraak hierover zal herzien. Dat dit de nodige weerstand en kritiek zal uitlokken bij de verdragsluitende Staten behoeft geen uitleg.

298. Als reactie op deze interne discussies benadrukte de meerderheid van Hof in de zaak *S.H.H.* nog eens het beginsel dat artikel 3 EVRM geen verplichting oplegt aan de verdragsluitende Staten om de ongelijkheden in voorzieningen (medisch, sociaal of andere) tussen landen te overbruggen door deze voorzieningen ter beschikking te stellen van illegaal verblijvende vreemdelingen.<sup>771</sup> Daarnaast benadrukte de meerderheid dat het EVRM de handelingen van andere Staten (d.i. niet-verdragsluitende Staten) niet bepaalt noch stuurt. Het EVRM heeft niet de bedoeling om van verdragsluitende Staten te vereisen dat ze verdragsstandaarden opleggen aan andere (niet-verdragsluitende) Staten.<sup>772</sup>

Niettemin blijft de hoge drempel die in medische zaken wordt gehanteerd voor beroering zorgen. In de zaak *Josef* diende het Hof zich, net zoals in de zaken *N.* en *Yoh-Ekale Mwanje*, uit te spreken over de verwijdering van een aidspatiënte. Het Hof wees erop dat de gezondheidstoestand van mevrouw Josef, moeder van drie kleine kinderen, dankzij de

<sup>769</sup> EHRM 27 mei 2008, nr. 26565/05, *N. v. Verenigd Koninkrijk*, Joint Dissenting Opinion, Tulkens, Bonello en Spielmann. Zie de kritiek hierop van M. BOSSUYT, “Judges on Thin Ice: the European Court of Human Rights and the Treatment of Asylum Seekers”, *Inter-American and European Human Rights Journal*, 2010, 41-43.

<sup>770</sup> EHRM 20 december 2011, nr. 10486/10, *Yoh-Ekale Mwanje v. België*, Opinion partiellement concordante commune aux juges Tulkens, Jociené, Popovic, Karakas, Raimond et Pinto De Albuquerque.

<sup>771</sup> EHRM 29 januari 2013, nr. 60367, *S.H.H. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 89.

<sup>772</sup> EHRM 29 januari 2013, nr. 60367, *S.H.H. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 90; EHRM 7 juli 1989, nr. 14038/88, *Soering v. Verenigd Koninkrijk*, par. 86; EHRM 28 februari 2006, nr. 27034/05, *Z. en T. v. Verenigd Koninkrijk* (onontvankelijkheidsbeslissing) en EHRM 22 juni 2004, nr. 17341/03, *F. v. Verenigd Koninkrijk* (ontvankelijkheidsbeslissing); EHRM 7 juli 2011, nr. 55721/07, *Al-Skeini e.a. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 141.

behandeling in België was gestabiliseerd en dus niet langer meer kritiek was. Er was geen sprake van een opportunistische ziekte. Hoewel het Hof toegaf geen informatie te hebben over de beschikbaarheid van de drie medicamenten die de toestand van mevrouw Josef stabiliseerden, bleek uit landeninformatie dat antiretrovirale behandelingen in het algemeen beschikbaar zijn in Nigeria. Nog verder gaf het Hof toe dat de toegankelijkheid van deze behandelingen onzeker is en dat uit de medische attesten van mevrouw Josef blijkt dat het ontnemen van de toegang tot deze behandelingen tot gevolg zou hebben dat haar gezondheidstoestand verslechtert en haar levensduurte op korte dan wel middellange termijn zou treffen. Deze overwegingen m.b.t. de beschikbaarheid en toegankelijkheid van de medische behandeling konden evenwel niet doorwegen aangezien het Hof er voor koos om vast te houden aan de principes neergelegd in de zaken *N.* en *Yoh Ekale Mwanje*. Daar de evolutie van de ziekte van mevrouw Josef actueel onder controle is en gestabiliseerd en dus niet langer kritiek, was er, in het licht van artikel 3 EVRM, geen sprake van uitzonderlijke omstandigheden waar de humanitaire redenen die zich verzetten tegen verwijdering van klemmende aard zijn. Merkwaardig genoeg benadrukt het Hof vervolgens, rekening houdend met de jonge leeftijd van mevrouw Josef en haar drie kleine kinderen, wees het Hof er op dat de zaak “*est marqué par de forte considérations humanitaires militant en faveur d’une régularisation de son séjour*”.<sup>773</sup> Hoewel het individueel geval van mevrouw Josef niet tegemoet komt aan de hoge drempel die in het licht van de rechtspraak inzake artikel 3 EVRM en de verwijdering van ernstige zieke vreemdelingen wordt gehanteerd, doet het Hof niettemin beroep op de soevereine bevoegdheid van België om het verblijf van mevrouw Josef te regulariseren omwille van sterke humanitaire overwegingen, wat kan doen vermoeden dat het Hof zich, in deze zaak, niet zo comfortabel voelt bij deze zeer strenge rechtspraak.

Ook rechter Lemmens stelt in zijn ‘*opinion concordante*’ dat ‘*Comme certains collègues anciens et actuels, je trouve très élevé le niveau auquel ce seuil est situé*’.<sup>774</sup> Hij onderlijnt dan ook de bevinding van het Hof dat er toch wel ernstige humanitaire redenen zijn die pleiten in het voordeel van regularisatie van het verblijf van mevrouw Josef. Hoewel deze humanitaire redenen niet van zulke klemmende aard zijn dat zij zich verzetten tegen een verwijdering, verwijst rechter Lemmens naar artikel 53 EVRM dat verdragsluitende Staten de mogelijkheid geeft om personen die zich onder hun rechtsmacht bevinden een ruimere bescherming toe te kennen dan dewelke voorzien en vereist is door het EVRM. Rechter Lemmens wijst dan ook op de soevereiniteit en discretionaire mogelijkheid voor de Belgische overheid om, in het kader van artikel 9bis Vreemdelingenwet, het verblijf van mevrouw Josef te regulariseren zodat aan de humanitaire overwegingen in het arrest het passende gewicht kan worden gegeven.

Rechter Power-Forde gaat evenwel verder en formuleert een ‘*opinion dissidente*’. De verwijdering van mevrouw Josef zal met zekerheid tot een imminente dood leiden en de jonge kinderen de zorg en liefde van hun moeder ontnemen. Rechter Power-Forde maakt de vergelijking met de zaak *N.* In die zaak liet het Hof de actuele gezondheidstoestand van verzoekster doorwegen op de gebrekkige toegankelijkheid van antiretrovirale medicijnen in Oeganda en nam het Hof de stelling in dat de snelheid van verzoeksters medische achteruitgang en de omvang van haar toegang tot medische behandeling alsook tot zorg, een zekere graad van speculatie inhield. Verzoekster *N.* overleed evenwel een luttele aantal maanden na haar verwijdering naar Oeganda. In het licht hiervan meent rechter Power-Forde: “(...) la “*part de spéculation*” *quie est celle que la Cour doit apprécier ici a considérablement diminué. Par conséquent, la quasi-certitude d’un décès imminent est un élément vital que la Cour doit prendre en compte dans l’examen des griefs de la requérante.*”<sup>775</sup> Rechter Power-Forde zet uiteen dat (i) in de zaak Josef de situatie van beschikbaarheid en toegankelijkheid

<sup>773</sup> EHRM 27 februari 2014, nr. 70055/10, *Josef v. België*, par. 117-126.

<sup>774</sup> Zie de ‘*opinion concordante*’ van rechter Lemmens bij EHRM 27 februari 2014, nr. 70055/10, *Josef v. België*.

<sup>775</sup> Zie de ‘*opinion dissidente*’ van rechter Power-Forde bij EHRM 27 februari 2014, nr. 70055/10, *Josef v. België*.



van antiretrovirale middelen in Nigeria erger is dan de situatie van verzoekster N. in Oeganda, (ii) dat mevrouw Jozef bijzonder kwetsbaar is als jonge moeder van drie kleine kinderen, en (iii) dat naast het gegeven dat deze jonge kinderen de aftakeling van hun moeder zullen moeten meemaken, mevrouw Josef ook geconfronteerd zal worden met de kennis en het lijden dat zij haar kinderen als wezen zal moeten achterlaten. Voor rechter Power-Forde ligt de verantwoordelijkheid voor een eventuele slechte behandeling niet in het gebrek aan gezondheidszorgen in Nigeria, maar wel in de doelbewuste en intentionele verwijdering van mevrouw Josef naar een plaats waar zij de noodzakelijke behandeling niet kan verkrijgen en in de opzettelijke blootstelling aan een reëel en imminent risico van lijden en overlijden. Ze veroordeelt “*La non-pertinence de la géographie en matière de causalité*” en benadrukt het non-refoulement beginsel zoals het voortvloeit uit artikel 3 EVRM. De verantwoordelijkheid van een Staat m.b.t. het naleven van het non-refoulement beginsel kan in het gedrang komen door een handeling (zoals het uitvoeren van een verwijderingsmaatregel) die tot gevolg heeft (rechtstreeks of onrechtstreeks) dat een individu wordt blootgesteld aan foltering of onmenselijke behandeling. Rechter Power-Forde verwijst naar het arrest *Aswat* waarin werd geoordeeld dat het blootstellen van verzoeker aan een vijandige omgeving zou resulteren in een betekenisvolle achteruitgang van zijn geestelijke en fysieke gezondheid en dat deze achteruitgang de drempel van artikel 3 EVRM zou kunnen bereiken. Zij meent dat in casu de zelfde redenering moet worden gehanteerd en pleit ervoor om niet enkel de stervenden te beschermen onder artikel 3 EVRM maar ook de levenden. Het is in elk geval zo dat het Hof bij het beoordelen van de schrijnende situatie van mevrouw Josef in het licht van artikel 3 EVRM, zich enkel heeft laten leiden door de actuele gezondheidstoestand van verzoekster en geen rekening heeft gehouden met de overige omstandigheden van haar individueel geval, met name dat haar kwetsbaarheid wordt versterkt door het feit dat zij drie jonge kinderen die getuige zullen zijn van haar fysieke achteruitgang en die riskeren als wezen te worden achtergelaten in een land waar zij niet beschikken over een sociaal of familiaal netwerk. Het Hof meende dat deze elementen de beoordeling van de hoge drempel gesteld door artikel 3 EVRM niet konden wijzigen, maar eerder moesten worden bekeken in het licht van artikel 8 EVRM. Het Hof heeft daardoor niet alle omstandigheden die deze zaak kenmerken, inclusief de omstandigheden waarin verzoekster en haar kinderen zouden terecht komen bij terugkeer naar het land van herkomst, aan dezelfde vereiste van een nauwgezet onderzoek in het licht van artikel 3 EVRM onderwerpen.<sup>776</sup>

Het verzoek tot verwijzing naar de Grote Kamer ingediend door de Belgische Staat en de verzoekster, werd aanvaard op 7 juli 2014.<sup>777</sup>

Interessant is dat op 23 mei 2014 de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa resolutie nr. 1997 met betrekking tot de zorg en het verblijf van vreemdelingen met HIV of aids aannam. De aanbevelingen in deze resolutie zijn niet juridisch bindend. Evenwel worden de verdragsluitende Staten opgeroepen om HIV-positieve vreemdelingen niet te verwijderen wanneer het duidelijk is dat zij geen adequate gezondheidszorg en bijstand in het land van terugkeer zullen ontvangen, anders handelen komt neer op een doodsvonnis. Voorts wordt opgeroepen om in nationale wetgeving bescherming te voorzien voor ernstige zieke vreemdelingen tegen verwijdering wanneer geschikte behandeling niet beschikbaar is in het land van terugkeer of wanneer zulke behandeling niet realistisch toegankelijk is voor die vreemdeling in het licht van zijn individuele situatie. Of deze resolutie enige invloed heeft op de rechtspraak van het EHRM, met name in de zaak Josef, zal de toekomst verder uitwijzen.

---

<sup>776</sup> Zie niettemin EHRM 2 mei 1997, nr. 30240/96, *D. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 49.

<sup>777</sup> Zie persbericht EHRM van 8 juli 2014, ECHR 203 (2014). Artikel 43 EVRM bepaalt dat binnen een termijn van drie maanden na de datum van de uitspraak van een Kamer elke bij de zaak betrokken partij, in uitzonderlijke gevallen, kan verzoeken om verwijzing van de zaak naar de Grote Kamer. Een college van vijf rechters van de Grote Kamer aanvaardt het verzoek indien de zaak aanleiding geeft tot een ernstige vraag betreffende de interpretatie of toepassing van het Verdrag of de Protocollen daarbij, dan wel een ernstige kwestie van algemeen belang.

299. Niettegenstaande deze vragen en discussies zijn voorlopig althans de rode lijnen van deze bijzondere rechtspraak van het Hof min of meer duidelijk. Het komt nu aan de nationale overheden en rechters toe om binnen de lijnen uitgezet door het Hof nauwgezet en zorgvuldig alle omstandigheden van een individuele zaak te onderzoeken. Rekening houdend met de algemene situatie en de persoonlijke omstandigheden van het individu in het land van herkomst zal men heden geval per geval moeten beoordelen en motiveren of er al dan niet sprake is van een welbepaalde socio-economische of humanitaire situatie die aanleiding geeft tot non-refoulement.

300. Het Hof toont zich eveneens terughoudender bij het vaststellen van een non-refoulementverplichting op grond van andere rechten in het EVRM. Waar deze rechten van absolute aard zijn zal een (gewone) schending van deze absolute rechten die fundamentele waarden vertegenwoordigen, aanleiding geven tot een verbod op refoulement indien er een risico is op ernstig en onherstelbaar lijden. Dit geldt zo voor artikel 2 EVRM, artikel 1 Protocol nr. 6 en artikel 1 Protocol nr. 13. Door een evoluerende houding t.a.v. de doodstraf, hoeft het Hof zich niet meer te beperken tot een beoordeling van de omstandigheden die gepaard gaan met de doodstraf, maar kan het Hof nu ook oordelen dat het opleggen van de doodstraf op zich een onmenselijke of vernederende behandeling is die aanleiding kan geven tot non-refoulement. Ook het verbod op slavernij en dwangarbeid, en bij uitbreiding mensenhandel, onder artikel 4 EVRM is absoluut en moet dus in rekening worden gebracht bij het verwijderen van een vreemdeling.

301. Waar het rechten betreft die relatief van aard zijn, oordeelt het Hof dat de dwingende overwegingen die bij absolute rechten aanleiding geven tot non-refoulement hier echter niet automatisch van toepassing zijn. Het Hof hanteert dan een andere standaard, in wezen een hogere drempel: enkel in uitzonderlijke omstandigheden zal een flagrante schending van een relatief recht aanleiding kunnen geven tot non-refoulement. Een analyse van de rechtspraak van het Hof en de rechtsleer toont aan dat een flagrante schending enkel zal worden vastgesteld wanneer de essentie (m.n. de fundamentele waarde) van een relatief recht wordt geraakt.<sup>778</sup>

Hoewel het Hof het EVRM als een levend instrument benadert, vanuit een zorg om in hedendaagse omstandigheden de nodige bescherming te kunnen bieden tegen 'ernstig en onherstelbaar lijden', zal het Hof ook bij tijd en stond op de rem staan. Niettegenstaande een verdragsluitende Staat verplicht is om de mensenrechten van iedereen onder zijn rechtsmacht te verzekeren, mag, volgens het Hof, artikel 1 EVRM, op een puur pragmatische basis, niet worden begrepen als een eis om een vreemdeling enkel terug te sturen naar een land waar alle rechten en vrijheden van het Verdrag ten volle en effectief worden gehandhaafd.<sup>779</sup> Het EVRM bepaalt immers de handelingen van andere Staten niet (d.i. die geen verdragsluitende Staat zijn) noch heeft het de bedoeling om verdragsluitende Staten te vragen om verdragsstandaarden op te leggen aan andere (niet-verdragsluitende) Staten. Het EVRM opereert in essentie in een regionale context, de verdragsstandaarden zijn enkel van toepassing op de verdragsluitende Staten en hebben niet de bedoeling om de verdragsluitende Staten te verplichten om te handelen als onrechtstreekse bewakers van de mensenrechten

---

<sup>778</sup> Zie in deze zin M. DEN HEIJER, "Whose Rights and Which Rights? The Continuing Story of Non-Refoulement Under the European Convention on Human Rights", supra noot 613, 277-314.

<sup>779</sup> EHRM 7 juli 1989, nr. 14038/88, *Soering v. Verenigd Koninkrijk*, par. 86; EHRM 28 februari 2006, nr. 27034/05, *Z. en T. v. Verenigd Koninkrijk* (onontvankelijkheidsbeslissing) en EHRM 22 juni 2004, nr. 17341/03, *F. v. Verenigd Koninkrijk* (ontvankelijkheidsbeslissing).

voor de rest van de wereld.<sup>780</sup> Inmenging in buitenlandse zaken is dus niet aan de orde. Deze stelling van het Hof verklaart enigszins waarom het Hof het non-refoulementbeginsel beperkt tot die normen die een fundamentele waarde belichamen.

302. De rechtspraak van het Hof stoot hier op een andere kritiek, m.n. er wordt het Hof verweten in de toepassing van het non-refoulementbeginsel een te eurocentrische houding aan te nemen. Hoewel de minste schending van absolute rechten, bijvoorbeeld artikel 3 EVRM, aanleiding geeft tot non-refoulement, legt het Hof een hogere drempel op wanneer de schending van artikel 3 EVRM zich in een eerder socio-economisch kader afspeelt en het gevolg is van factoren, eerder dan van handelingen van actoren (bijvoorbeeld ernstig zieke vreemdelingen).<sup>781</sup> Daarnaast geeft het Hof duidelijk aan dat relatieve rechten uit het EVRM slechts uitzonderlijk aanleiding kunnen geven tot non-refoulement. Hiermee lijkt het Hof de rechten en vrijheden uit het EVRM op relatieve wijze toe te passen wanneer het gaat om de beoordeling van 'externe situaties'.

303. Het feit dat het Hof kritiek krijgt van twee kanten, is misschien wel een signaal dat het Hof in zijn rechtspraak toch een gulden middenweg bewandelt: het tracht de verantwoordelijkheid van de verdragsluitende Staten inzake non-refoulement binnen aanvaardbare grenzen te houden en tegelijkertijd de bescherming tegen refoulement op een dynamisch-evolutieve wijze te waarborgen in hedendaagse omstandigheden en een hedendaagse context.

Ik treed zowel WOUTERS als DEN HEIJER bij in hun kritiek dat het Hof de standaarden inzake foltering, onmenselijke en vernederende behandeling of bestraffing niet te laag mag zetten, wil het Hof een geloofwaardige en gezaghebbende rechtspraak laten gelden die van invloed kan zijn op het verwijderingsbeleid van verdragsluitende Staten.<sup>782</sup> Staten zullen niet aanvaarden dat een behandeling zoals het gedwongen kaalscheren van een gevangene of het verschaffen van zeer lichte maaltijden aan een gevangene, redelijke en valabele argumenten zijn om een vreemdeling niet te verwijderen.<sup>783</sup> Daarnaast, zoals DEN HEIJER terecht opmerkt, zou het non-refoulementbeginsel niet enkel mogen tellen in situaties waar het leven en/of fysieke integriteit ('*life and limb*') in gevaar worden gebracht maar er ook rekening mag worden gehouden met het feit dat ernstige of systematische schendingen van andere normen evenzeer een indringende impact kunnen hebben op individuen.<sup>784</sup>

304. Het non-refoulementbeginsel zoals het voortvloeit uit verschillende bepalingen van het EVRM, geeft in beginsel enkel aanleiding tot een negatieve plicht in hoofde van de verdragsluitende Staat, m.n. het niet gedwongen verwijderen van de vreemdeling naar zijn land van herkomst. Aan deze niet-verwijdering wordt onder het non-refoulementbeginsel, zoals het voortvloeit uit het EVRM, evenwel geen (automatische) verblijfsrechtelijke of andere gevolgen verbonden. De verdragsluitende Staat zal echter de aanwezigheid van de vreemdeling op het grondgebied moeten tolereren zolang het verbod op refoulement geldig is

---

<sup>780</sup> Zie EHRM 12 december 2001, nr. 52207/99, *Bankovic e.a. v. België en 16 andere verdragsluitende staten* (onontvankelijkheidsbeslissing, par. 80 en EHRM 28 februari 2006, nr. 27034/05, *Z. en T. v. Verenigd Koninkrijk* (onontvankelijkheidsbeslissing)).

<sup>781</sup> Zie de minderheidsopinie in EHRM 27 mei 2008, nr. 26565/05, *N v. Verenigd Koninkrijk*, *supra* noot 769, H. BATTJES, "The Soering Threshold: Why Only Fundamental Values Prohibit *Refoulement* in ECHR Case Law, *EJML* 2009, 205-219 en H. BATTJES, "In Search of a Fair Balance. The Absolute Character of the Prohibition of *Refoulement* under Article 3 ECHR Reassessed", *Leiden Journal of International Law* 2009, 583 – 621.

<sup>782</sup> K. WOUTERS, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, *supra* noot 335, 314; M. DEN HEIJER, "Whose Rights and Which Rights? The Continuing Story of Non-Refoulement Under the European Convention on Human Rights", *supra* noot 613, 313.

<sup>783</sup> EHRM 11 december 2003, nr. 39084/97, *Yankov v. Bulgarije*; EHRM 15 juni 2006, nr. 64846/01, *Mosejevs v. Letland*.

<sup>784</sup> M. DEN HEIJER, "Whose Rights and Which Rights? The Continuing Story of Non-Refoulement Under the European Convention on Human Rights", *supra* noot 613, 314.

en de verdragsluitende Staat geen derde land vindt dat bereid is om de vreemdeling op te vangen en te beschermen.<sup>785</sup>

305. De niet-verwijdering van de vreemdeling en zijn daaruit vloeiende aanwezigheid op het grondgebied van de verdragsluitende Staat geeft onder het EVRM enkel aanleiding tot een minimumstandaard van behandeling. Inzake de toekenning van concrete socio-economische rechten, zoals het recht op arbeid of het recht op financiële bijstand, is de rechtspraak van het Hof duidelijk: de vreemdeling kan hierop geen aanspraak maken op basis van het EVRM. Anderzijds mag, volgens de rechtspraak van het Hof, een Staat niet onverschillig en nalatig zijn t.a.v. een kwetsbare vreemdeling, zoals een asielzoeker, die niet in de mogelijkheid is om te voorzien in de meest elementaire levensbehoeften, zoals voedsel, hygiëne en huisvesting, en zich daardoor in een situatie van ernstige ontbering en extreme armoede bevindt. Hierdoor komt de menselijke waardigheid zodanig in het gedrang dat het in strijd is met artikel 3 EVRM. Een positieve verplichting voor Staten om hulp te bieden kan daaruit worden afgeleid, maar enkel aan noodlijdende kwetsbare vreemdelingen en in extreme omstandigheden.<sup>786</sup>

306. Deze rechtspraak inzake artikel 3 EVRM zou ook aangewend kunnen worden t.a.v. een onverwijderbare vreemdeling waarvan de nood aan bescherming werd vastgesteld maar die verstoken blijft van een status, verblijf en daarbij horende socio-economische rechten, en daardoor in een situatie van ernstige ontbering verzeild raakt. Het argument wint aan kracht wanneer het een vreemdeling betreft voor wie het perspectief op bescherming in het land van herkomst of in een derde land zich niet meteen zal voordoen, en die dus gedurende langere tijd onverwijderbaar zal zijn. Zijn situatie van ernstige ontbering die volgt uit een gebrek aan status, verblijf en socio-economische rechten, zijn kwetsbaarheid en het gebrek aan perspectief op of de aanhoudende onzekerheid inzake een verbetering van zijn situatie, zou wel eens kunnen worden gelijkgesteld aan een onmenselijke of vernederende behandeling.<sup>787</sup>

307. Tenslotte kan uit de rechtspraak van het Hof worden afgeleid dat een werkelijke toegang tot bescherming tegen refoulement vereist is. Een verdragsluitende Staat is gehouden om de nood aan bescherming nauwgezet te onderzoeken. Idealiter wordt een wettelijk kader met voldoende waarborgen voorzien, bijvoorbeeld een (determinatie)procedure, die een zinvol onderzoek en een zinvolle beoordeling van de nood aan bescherming mogelijk maakt.

Wanneer de nood aan bescherming negatief werd beoordeeld door de Staat, dan dient de vreemdeling de mogelijkheid te hebben om deze negatieve beslissing en de verwijdering naar het land van herkomst aan te vechten. Omwille van het fundamenteel belang van artikel 3 EVRM en de onomkeerbare schade die het gevolg kan zijn van foltering of onmenselijke behandeling, vereist de doeltreffendheid van het rechtsmiddel onder artikel 13 EVRM op dwingende wijze een onafhankelijk en zo nauwkeurig mogelijk onderzoek. Daarnaast dient het daadwerkelijk rechtsmiddel zo snel mogelijk uitsluitel te geven over de zaak en dient er eveneens toegang te zijn tot een rechtsmiddel met een automatisch schorsend effect zodat de daadwerkelijkheid wordt gewaarborgd.

Uit de rechtspraak van het Hof kan worden afgeleid dat nationale bestuurs- en rechterlijke overheden bij het uitvoeren van een verwijderingsbesluit een nauwgezet onderzoek dienen te

---

<sup>785</sup> K. WOUTERS, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, supra noot 335, 357.

<sup>786</sup> Zie J. GERARDS, *EVRM Algemene Beginselen*, Den Haag, SDU Uitgevers, 2011, 246-247.

<sup>787</sup> Dat het gebrek aan perspectief op een menswaardige situatie vreemdelingen tot wanhoop kan drijven, blijkt uit de zaak Ahmed waar het Hof oordeelde dat deze vreemdeling, ook al was zijn vluchtelingenstatus ingetrokken wegens het plegen van een ernstig misdrijf, niet mocht worden teruggestuurd naar Somalië. Ondanks deze uitspraak, bleef Ahmed verstoken van een andere status of verblijfsvergunning in Oostenrijk waardoor hij ook geen toegang had tot de arbeidsmarkt of andere socio-economische voordelen. Hij pleegde een paar maanden na deze uitspraak zelfmoord. Zie EHRM 7 december 1996, nr. 25964/94, *Ahmed v. Oostenrijk*.

voeren naar een aangevoerde grief op basis van de feiten die gekend zijn of gekend moeten zijn. Beroepsmogelijkheden bij rechterlijke instanties vormen, in principe, een daadwerkelijk rechtsmiddel in de zin van artikel 13 EVRM met betrekking tot grieven in het kader van verwijdering, op voorwaarde dat deze rechterlijke instanties daadwerkelijk de wettelijkheid van een discretionaire uitvoerende beslissing op inhoudelijke en procedurele gronden kunnen onderzoeken in het kader van een “aandachtige”, “volledige” en “strikte” controle en, indien nodig, de beslissing kunnen vernietigen. Rechterlijke instanties mogen zich niet beperken tot het fictieve moment van de besluitvorming. Deze vaststellingen vormen de ondergrens van de toetsing die het Hof van de Staten verwacht. In het licht van de recente discussies omtrent de subsidiaire rol van het Hof, lijkt me dat minstens deze ondergrens door Staten moet worden gerespecteerd. Idealiter houdt de rechterlijke toets in dat de bestreden beslissing *ex nunc* en op grond van alle feitelijke en juridische gronden wordt onderzocht.



## Afdeling 2. Interne bescherming: bescherming tegen omstandigheden in de ontvangende Staat op basis van het EVRM

308. In een aantal beperkte gevallen rust op een ontvangende Staat eveneens de plicht om een vreemdeling niet van het grondgebied te verwijderen omwille van omstandigheden die veeleer verbonden zijn met de individuele situatie van de vreemdeling op het grondgebied van de ontvangende Staat zelf, eerder dan met de omstandigheden in zijn land van herkomst. Waar de niet-verwijdering van een vreemdeling wegens het verbod op refolement erop gericht is om mensenrechtenschendingen in het land van herkomst te voorkomen (externe mensenrechtenschendingen), heeft in deze situatie de niet-verwijdering van een vreemdeling tot doel om mensenrechtenschendingen in de ontvangende Staat te voorkomen (interne mensenrechtenschendingen).

Dit proefschrift besteedt specifiek aandacht aan de situatie van vreemdelingen die zich op het grondgebied van een ontvangende Staat bevinden maar die niet of niet meer voldoen aan de wettelijke binnenkomst- en verblijfsvoorwaarden van de geijkte migratiekanalen zoals volgmigratie of economische migratie. Een ontvangende Staat beschikt over de soevereine bevoegdheid om vreemdelingen, die niet (meer) aan binnenkomst- of verblijfsvoorwaarden voldoen, van het grondgebied te verwijderen, tenzij deze verwijdering een schending inhoudt van fundamentele rechten die de vreemdeling op het grondgebied van de ontvangende Staat zelf geniet.

Dit onderdeel gaat na in welke omstandigheden een verwijdering kan leiden tot zulke schending. Ook hier heeft de rechtspraak van het EHRM een aantal internationale minimumstandaarden voor interne bescherming aangegeven.

## **§1. Artikel 3 EVRM**

### **A. De wijze van verwijdering**

309. De wijze waarop een Staat een vreemdeling verwijderd of de omstandigheden waarin een verwijdering plaatvindt, kan volgens de rechtspraak van het Hof aanleiding geven tot een schending van artikel 3 EVRM. Dit kan het geval zijn wanneer er sprake is van opeenvolgende en mislukte verwijderingen van vreemdelingen met onzekere identiteit, of wanneer er geen waarborgen zijn dat de vreemdelingen worden toegelaten op het grondgebied van de Staat waarheen ze worden verwijderd.

310. In de ontvankelijkheidsbeoordeling van de zaak *Giama* oordeelde de voormalige Europese Commissie Mensenrechten dat : *“Dans certaines circonstances, l’expulsion répétée d’un étranger ne disposant d’aucun titre d’identité et de voyage et dont l’état d’origine est inconnu ou refuse la réadmission sur son territoire, pourrait soulever un problème au regard de l’article 3 qui prohibe les traitements inhumains ou dégradants.”*<sup>788</sup>

Deze zaak waarbij België herhaaldelijk de betrokken vreemdeling opsloot en trachtte te verwijderen, werd uiteindelijk afgesloten met een minnelijke schikking. In het verslag van deze zaak stelde de Commissie *“Il est vrai qu’en principe les autorités d’un Etat ne peuvent être tenues pour responsables de l’impossibilité dans laquelle se trouve un étranger de pouvoir quitter régulièrement ce pays, s’il n’est pas autorisé à y résider. En l’espèce, le requérant a été confronté à une telle impossibilité, qui a eu des répercussions sérieuses sur sa situation personnelle.”*<sup>789</sup> Kortom, een situatie waarbij herhaalde en falende pogingen tot verwijdering van een ongedocumenteerde vreemdeling worden ondernomen, kan in bepaalde gevallen aanleiding geven tot een schending van artikel 3 EVRM.

311. In de latere zaak *Z.* bevestigde de Commissie dat *“The repeated expulsion of an individual of unascertainable identity to a State which is not prepared to accept him can raise issues under this provision.”* Het Hof nuanceert evenwel: *“The position is different where the individual refuses to cooperate with the authorities in establishing his identity or nationality.”*<sup>790</sup> In casu faalden de inspanningen van de Nederlandse overheden om de identiteit van de vreemdeling te bepalen en identiteitsdocumenten te verkrijgen door de gebrekkige medewerking van de vreemdeling die zich onder zeven verschillende nationaliteiten aan de Nederlandse overheden had voorgesteld. De vreemdeling toonde niet aan dat hij ernstige pogingen had ondernomen om die autoriteiten te contacteren die zijn identiteit konden aantonen. Onder die omstandigheden oordeelde de Commissie dat het in de eigen handen van de vreemdeling lag om een einde te maken aan de situatie die hij aanklaagde en dat deze situatie niet kon worden toegeschreven aan de Nederlandse overheden.

312. Deze lijn werd bevestigd in de zaak *Harabi* waar een vreemdeling beweerde dat hij op herhaaldelijke wijze heen en weer werd verwijderd door België en Nederland. De Commissie herinnerde eraan dat de herhaalde verwijdering van een vreemdeling waarvan het onmogelijk is om de identiteit vast te stellen, naar een derde land waar zijn toelating op het grondgebied

---

<sup>788</sup> Europese Commissie Mensenrechten 15 december 1977, nr. 7612/76, *Giama v. België* (ontvankelijkheidsbeslissing), niet gepubliceerd, maar zie de verwijzing in het rapport van de Europese Commissie Mensenrechten van 17 juli 1980, DR 21, 73, par. 1.

<sup>789</sup> Europese Commissie Mensenrechten, nr. 7612/76, *Giama v. België*, DR 21, 73, par. 56.

<sup>790</sup> Europese Commissie Mensenrechten 14 mei 1984, nr. 10400/83, *Z. v. Nederland* (ontvankelijkheidsbeslissing).



niet is gegarandeerd, aanleiding kan geven tot een schending van artikel 3 EVRM, en voegde eraan toe: “*Such an issue may arise, a fortiori, if an alien is over a long period of time deported repeatedly from one country to another without any country taking measures to regularise his situation.*”<sup>791</sup> Echter ook in dit geval toonde de vreemdeling niet aan dat hij pogingen had ondernomen om zijn beweerde Algerijnse nationaliteit te laten erkennen door de Algerijnse overheden, noch waren er enige aanwijzingen dat hij niet zou worden toegelaten in Algerije bij terugkeer. Hoewel was vastgesteld dat de verzoeker herhaaldelijk door Nederland naar België was verwijderd, was er geen bewijs van een herhaaldelijke verwijdering door België naar Nederland, maar bleek eerder dat de verzoeker uit eigen vrije wil naar Nederland terugkeerde. Hoewel de Nederlandse overheden niet zeer actief waren in het bijstaan van de vreemdeling om een oplossing te zoeken, was voornamelijk de vreemdeling zelf verantwoordelijk voor de aangeklaagde situatie.

313. In de zaak *Ghorbanov e.a.* stelde het Hof vast dat de betrokken Oezbeken erkend waren als vluchteling door het UNHCR zowel in Iran als Turkije.<sup>792</sup> Op het moment van hun verwijdering waren zij in het bezit van geldige verblijfsvergunningen voor Turkije. Zij werden door Turkije verwijderd naar Iran. Een week later keerden de verzoeker illegaal terug naar Turkije. Ze werden een tweede keer naar Iran verwijderd. Daar brachten de verzoekers een twaalfal dagen in winterse omstandigheden zonder verblijfplaats door. Vervolgens werden de verzoekers door de Iraanse overheden, na twee dagen te worden vastgehouden, naar Turkije verwijderd.

Het Hof vroeg de Turkse overheid herhaaldelijk om een verwijderingsbeslissing voor te leggen en de betekening van de verwijdering alsook om bewijs te leveren dat Iran de toegang verzekerde voor de verzoekers. De Turkse overheid bleef in gebreke om deze elementen over te maken en er waren geen documenten in het rechtsplegingsdossier die aantoonde dat een formele verwijderingsbeslissing was genomen. Het Hof besloot dat de verzoekers op illegale wijze naar Iran waren verwijderd en stelde de afwezigheid van een wettelijke procedure vast die waarborgen voorziet tegen een onwettelijke verwijdering alsook de afwezigheid van garanties vanwege de Iraanse overheid dat de verzoekers zouden worden toegelaten tot Iran. Voorts stelde het Hof vast dat de meerderheid van de verzoekers minderjarig was op het moment van de gebeurtenissen. De verzoekers werden gedwongen verwijderd uit Turkije. De verwijdering lijkt plaats te hebben gevonden met voorbedachten rade, zonder rekening te houden met de vluchtelingenstatus van de verzoekers of hun persoonlijke omstandigheden, met name het gegeven dat de meeste verzoekers kinderen waren met een stabiel leven in Turkije. Het Hof overwoog dat de omstandigheden van de verwijdering bij de volwassenen gevoelens van wanhoop en angst moeten hebben veroorzaakt, omdat zij niet in de mogelijkheid waren om hun verwijdering te verhinderen, gezien de afwezigheid van procedurele waarborgen, en omdat zij werden verwijderd naar een onbekend gebied met hun jonge kinderen en baby's. Bovendien brachten zij twaalf dagen in Iran door in winterse omstandigheden en zonder een verblijfplaats. Rekening houdend met de wijze waarop de verwijdering was uitgevoerd en rekening houdend met de jonge leeftijd van de meerderheid van de verzoekers, oordeelde het Hof dat het lijden van de verzoekers ernstig genoeg was om als onmenselijke behandeling te gelden in strijd met artikel 3 EVRM.

### B. De fysieke of mentale onmogelijkheid om te reizen

314. Tenslotte moet nog worden benadrukt dat het Hof niet heeft uitgesloten dat de tenuitvoerlegging van een verwijderingsmaatregel, als handeling op zich, artikel 3 EVRM kan

---

<sup>791</sup> EHRM 5 maart 1986, nr. 10798/84, *Harabi v. Nederland* (onontvankelijkheidsbeslissing), par. 1.

<sup>792</sup> EHRM 3 december 2013, nr. 28127/09, *Ghorbanov e.a. v. Turkije*, par. 26-35.

schenden wanneer de fysieke of mentale gezondheid van een vreemdeling het reizen niet toelaat.<sup>793</sup> Uit de meest enge interpretatie van de zaak *D.* vloeit voort dat een vreemdeling niet gedwongen kan worden verwijderd wanneer hij wegens zijn fysieke of mentale gezondheidstoestand niet in staat is om te reizen (*'fit to travel'*).<sup>794</sup> De uitvoering van een verwijdering kan op dat moment dan een onmenselijke of vernederende behandeling uitmaken wanneer de vereiste minimumdrempel van hardheid wordt bereikt.

315. Daarbij maakt het Hof geen onderscheid tussen de situatie waarin de gevreesde schade voortvloeit uit de vreemdeling zelf, bijvoorbeeld omwille van een ziekte, en de situatie waarin de schade wordt toegebracht door de vreemdeling zelf. Het is immers niet uitgesloten dat er een risico op zelfmoord bestaat of dat zelfmoordpogingen worden ondernomen wanneer een vreemdeling wordt geconfronteerd met een gedwongen verwijdering.<sup>795</sup> Wel benadrukt het Hof dat ook in deze gevallen de vereiste minimumdrempel van hardheid hoog ligt. De schade volgt immers niet uit handelingen of nalatigheden van overheids- of niet-overheidsactoren. Deze actoren dragen dus ook geen rechtstreekse verantwoordelijkheid voor de schade.

316. Een risico op zelfmoord houdt niet in dat verdragsluitende Staten geen gedwongen verwijderingen meer mogen uitvoeren, op voorwaarde dat concrete maatregelen worden genomen om te voorkomen dat de zelfmoorddreiging wordt gerealiseerd.<sup>796</sup> Het Hof houdt dus rekening met elementen die aantonen dat een verdragsluitende Staat in de mate van het mogelijke zal reageren op een concrete dreiging van zelfmoord.<sup>797</sup>

---

<sup>793</sup> P. VAN DIJK, F. VAN HOOFF, A. VAN RIJN, L. ZWAAN, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 428.

<sup>794</sup> EHRM 2 mei 1997, nr. 30240/96, *D v. Verenigd Koninkrijk*, par. 53. Zie ook EHRM 27 mei 2008, nr. 26565/05, *N. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 47. H. LAMBERT, *The Position of Aliens in Relation to the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2007, 50 en D. HARRIS, M. O' BOYLE en C. WARBRICK (eds), *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 89.

<sup>795</sup> Europese Commissie Mensenrechten 26 oktober 1995, nr. 28419/95, *Kharsa v. Zweden* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>796</sup> EHRM 4 juli 2006, nr. 24171/05, *Karim v. Zweden* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>797</sup> EHRM 10 april 2012, nr. 60286/09, *Balogun v. Verenigd Koninkrijk*, par. 32.

## **§ 2. Artikel 8 EVRM**

317. Het recht op eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven, verzekerd door artikel 8 EVRM, wordt vaak ingeroepen als een reden om niet van het grondgebied van een verdragsluitende Staat verwijderd te worden of om de toelating tot binnenkomst en/of verblijf op het grondgebied te verkrijgen.

318. De verwijdering uit een Staat of de niet-toelating tot binnenkomst of het (voortgezet) verblijf in een Staat, kunnen, volgens het Hof, een schending vormen van het recht op eerbiediging van het gezins- en privéleven onder artikel 8 EVRM, afhankelijk van de omvang van de gevolgen ervan op het gezins- en privéleven van de vreemdeling.<sup>798</sup> Met andere woorden, *“measures restricting the right to reside in a country may, in certain cases, entail a violation of Article 8 of the Convention if they create disproportionate repercussions on the private or family life, or both, of the individuals concerned.”*<sup>799</sup>

319. De bescherming van het gezinsleven en privéleven onder artikel 8 EVRM houdt een negatieve verplichting in, nl. de verplichting van een Staat, zoals neergelegd in paragraaf 2, om zich te onthouden van de inmenging op de uitoefening van dit recht, voor zover bij wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

320. De bescherming onder artikel 8 EVRM houdt daarenboven ook positieve verplichtingen in *“inherent in effective “respect” for family life”*, hoewel *“the boundaries between the State’s positive and negative obligations under this provision (art. 8) do not lend themselves to precise definition”*.<sup>800</sup>

321. De toepasselijke beginselen zijn zowel voor negatieve als positieve verplichtingen steeds dezelfde: in beide situaties dienen Staten een billijke afweging te maken tussen de concurrerende belangen van het individu, enerzijds, en de belangen van de samenleving als geheel, anderzijds; en in beide gevallen genieten Staten over een zekere beleids marge.<sup>801</sup>

---

<sup>798</sup> EHRM 18 februari 1991, nr. 12313/86, *Moustaquim v. België*, par. 36.

<sup>799</sup> EHRM 26 juni 2012 (Grote Kamer), nr. 26828/06, *Kuric e.a. v. Slovenië*, par. 355.

<sup>800</sup> EHRM 19 februari 1996, nr. 23218/94, *Gül v. Zwitserland*, par. 38.

<sup>801</sup> EHRM nr. 12083/86, *Beldjoudi v. Frankrijk*, par. 74.

#### A. Het bestaan van een privé- of gezinsleven

322. Om te beoordelen of er sprake is van een schending van artikel 8 EVRM, wordt in de rechtspraak van het Hof eerst nagegaan of er een privéleven en/of een gezinsleven bestaat.

Het begrip ‘gezinsleven’ in artikel 8 EVRM veronderstelt een reeds bestaand gezinsleven, maar het Hof voegt eraan toe dat “*this does not mean that all intended family life falls entirely outside its ambit.*”<sup>802</sup> Artikel 8 EVRM beschermt dus niet enkel het reeds gevormde gezinsleven maar ook het gezinsleven dat nog gevormd moet worden. In die zin kan artikel 8 EVRM worden toegepast zowel op het behoud van de eenheid van een gezin (d.i. het voortzetten van een gezinsleven op het grondgebied van een Staat) en de gezinshereniging (d.i. het verder ontwikkelen van een gezinsleven in een Staat door hereniging met gezinsleden die zich reeds in die Staat bevinden) als op de gezinsvorming (d.i. de creatie en uitbouw van een gezinsleven in een Staat).

Bij de beoordeling of er al dan niet sprake is van een privé- of een gezinsleven, plaatst het EHRM zich op het tijdstip waarop de bestreden beslissing is genomen: “*La Cour rappelle cependant que pour examiner la question de savoir si le requérant avait une vie familiale au sens de l'article 8, elle se place à l'époque à laquelle la mesure critiquée est devenue définitive.*”<sup>803</sup>

De begrippen ‘privéleven’ en ‘familie- of gezinsleven’ zijn niet gedefinieerd in de rechtspraak van het Hof. Het zijn autonome begrippen die onafhankelijk van het nationale recht dienen te worden ingevuld.

323. Er wordt vooreerst nagegaan of er sprake is van een gezin. Het Hof beperkt het begrip ‘gezinsleven’ in beginsel tot het kerngezin.<sup>804</sup> Het EHRM hanteert daarin wel een flexibele benadering die rekening houdt met verschillende moderne gezinsvormen die buiten het klassieke huwelijk plaats hebben. Daarnaast houdt het Hof echter ook rekening met andere gezinsbanden die zich voordoen buiten het kerngezin.

Indien het bestaan van gezinsbanden blijkt, zal het Hof nagaan of er een voldoende ‘graad’ van familie- of gezinsleven kan worden vastgesteld, wat volgens het Hof “*essentially a question of fact depending upon the real existence in practice of close personal ties.*” uitmaakt.<sup>805</sup> Of de persoonlijke banden tussen de betrokkenen in de praktijk voldoende hecht zijn, maakt in beginsel een feitenbeoordeling uit.

324. Een relatie die voortvloeit uit een wettelijk en oprecht huwelijk valt onder de draagwijdte van het begrip ‘gezinsleven’, zelfs als het gezinsleven nog niet volledig is gevestigd.<sup>806</sup> Een huwelijksrelatie veronderstelt samenwoning of minstens de intentie om samen te wonen.<sup>807</sup>

---

<sup>802</sup> EHRM 28 mei 1985, nrs. 9214/80, 9473/81 en 9474/81, *Abdulaziz, Cabales en Balkandali v. Verenigd Koninkrijk*, par. 62. In dit proefschrift beperk ik me evenwel tot die situaties waarin de vreemdeling zich reeds op het grondgebied bevindt en ik behandel niet die situaties waarin een vreemdeling, die zich buiten een verdragsluitende Staat bevindt, toegang zoekt tot het grondgebied.

<sup>803</sup> EHRM 17 januari 2006, nr. 50278/99, *Aoulmi v. Frankrijk*, par. 88.

<sup>804</sup> EHRM 9 oktober 2003, Grote Kamer, nr. 48321/99, *Slivenko v. Letland*, par. 94.

<sup>805</sup> EHRM 12 juli 2001, nr. 25702/94, *K. en T. v. Finland*, par. 150.

<sup>806</sup> EHRM 28 mei 1985, nrs. 9214/80, 9473/81 en 9474/81, *Abdulaziz, Cabales en Balkandali v. Verenigd Koninkrijk*, par. 62.

<sup>807</sup> EHRM 28 mei 1985, nrs. 9214/80, 9473/81 en 9474/81, *Abdulaziz, Cabales en Balkandali v. Verenigd Koninkrijk*, par. 62.

Het Hof houdt ook rekening met moderne gezinsvormen. Zo kan een *de facto* relatie van een koppel onder de draagwijdte van het begrip ‘gezinsleven’ vallen. Hiertoe zullen een aantal relevante factoren worden onderzocht zoals de duur van hun relatie, eventuele samenwoning en de vraag of het koppel een engagement t.a.v. elkaar heeft aangetoond door het krijgen van kinderen of op een andere wijze.<sup>808</sup>

Uit artikel 8 EVRM volgt voorts dat een kind geboren uit een huwelijk of binnen een samenwonend koppel, *ipso jure* deel uitmaakt van die relatie.<sup>809</sup> Hier worden voldoende hechte gezinsbanden verondersteld. Het is dan ook niet noodzakelijk dat het kind binnen een huwelijk of een andere samenlevingsvorm is geboren, aangezien vanaf het moment van de geboorte en wegens dat feit zelf, er tussen het minderjarig kind en zijn ouder een natuurlijke band ontstaat die gelijkstaat met een ‘gezinsleven’. Om een voldoende graad van ‘gezinsleven’ vast te stellen die onder de bescherming van artikel 8 EVRM valt, is de samenwoning van de ouder en het minderjarig kind niet noodzakelijk vereist<sup>810</sup>, noch de samenwoning van beide ouders.<sup>811</sup> “[O]ther factors may also serve to demonstrate that a relationship has sufficient constancy to create *de facto* family ties”, zoals de erkenning van een kind, de bijdragen voor de zorg en opvoeding van het kind, en de kwaliteit en regelmatigheid van het contact.<sup>812</sup> De band tussen een ouder en een minderjarig kind zal slechts in uitzonderlijke omstandigheden als ‘verbroken’ worden beschouwd.<sup>813</sup>

Het bestaan van een gezinsleven werd aanvaard tussen minderjarige broers en zussen<sup>814</sup>, tussen kleinkinderen en grootouders die een betekenisvolle rol spelen in het leven van de kleinkinderen<sup>815</sup>, alsook tussen neven of nichten en ooms of tantes, die als vader- of moederfiguur fungeren.<sup>816</sup>

Andere gezins- of familierelaties, zoals de relaties tussen meerderjarige broers en zussen, “*do not necessarily attract the protection of Article 8 without further elements of dependency involving more than the normal emotional ties*”.<sup>817</sup> Bijkomende elementen kunnen onder meer zijn het samenwonen, de financiële afhankelijkheid van de ene broer of zus ten aanzien

---

<sup>808</sup> EHRM 20 september 2002, nr. 50963/99, *Al-Nashif v. Bulgarije*, par. 112.

<sup>809</sup> EHRM 8 januari 2009, nr. 10606/07, *Joseph Grant v. Verenigd Koninkrijk*, par. 30.

<sup>810</sup> EHRM 24 april 1996, nr. 22070/93, *Boughanemi v. Frankrijk*, par. 35: “The concept of family life on which Article 8 is based embraces, even where there is no cohabitation, the tie between a parent and his or her child, regardless of whether or not the latter is legitimate.” EHRM 7 augustus, nr. 21794/93, *C. v. België*, par. 25: “La Cour privilégie les liens entre une personne et son ou ses propres enfants mineurs, qu’ils vivent ensemble ou non.”

<sup>811</sup> EHRM 21 juni 1988, nr. 10730/84, *Berrehab v. Nederland*, par. 21: “It follows from the concept of family life on which Article 8 is based that a child born of such a Union is *ipso jure* part of that relationship; hence, from the moment of the child’s birth and by the very fact of it, there exists between him and his parents a bond amounting to “family life”, even if the parents are not then living together. Subsequent events, of course, may break that tie, but this was not so in the instant case.” In casu bezocht Berrehab na de scheiding zijn dochter vier maal per week, en de frequentie en regelmatigheid van zijn bezoeken bewezen volgens het hof dat hij deze bezoeken erg op prijs stelde en dat dus niet kon worden gesteld dat het “gezinsleven” tussen hem en zijn dochter was verbroken.

<sup>812</sup> EHRM 8 januari 2009, nr. 10606/07, *Joseph Grant v. Verenigd Koninkrijk*, par. 30.

<sup>813</sup> EHRM 24 april 1996, nr. 22070/93, *Boughanemi v. Frankrijk*, par. 35. EHRM 19 februari 1996, nr. 23218/94, *Gül v. Zwitserland*, par. 32; EHRM 7 augustus, nr. 21794/93, *C. v. België*, par. 25: « *Sauf circonstances exceptionnelles, la relation entre parents et enfants, fût-elle naturelle ou “légitimé”, ne se rompt pas par le fait d’un divorce ou d’une séparation ou par le fait que l’enfant cesse de vivre avec l’un de ses parents.* » In het arrest Lebbink beschouwt het EHRM dat de aanwezigheid van de vader bij de geboorte van de zoon en de regelmatige bezoeken die hij gedurende zes maanden bij de moeder heeft verricht, met wie hij niet heeft samengewoond, toelaten dit als een familieleven te kwalificeren. EHRM 1 juni 2004, nr. 45582/99, *Lebbink v. Nederland*.

<sup>814</sup> EHRM 24 maart 1998, nr. 40456/83, *Olsson v. Zweden*.

<sup>815</sup> EHRM 13 juni 1979, nr. 6833/74, *Marckx v. België*, par. 45.

<sup>816</sup> EHRM 9 februari 1993, nr. 16580/90, *Boyle v. Verenigd Koninkrijk*.

<sup>817</sup> EHRM 13 februari 2001, nr. 47160/99, *Ezzouhdi v. Frankrijk*, par. 34; EHRM 3 juli 2001, nr. 47390/99, *Javeed v. Nederland* (onontvankelijkheidsbeslissing). Zo werd in EHRM 10 november 2011, nr. 29681/08, *Mallah v. Frankrijk*, par. 29-31, geoordeeld dat de band tussen een schoonvader en een schoondochter wel degelijk een familiale band uitmaakte aangezien de schoondochter bij haar schoonfamilie inwoonde, reeds twee jaar gehuwd was met de zoon en een kind verwachtte.

van de andere, de afhankelijkheid van de ene broer of zus ten aanzien van de andere, de reële banden tussen beiden.

Ook de relatie tussen meerderjarige kinderen en ouders vereist in beginsel bijkomende elementen van afhankelijkheid die anders zijn dan de gewone affectieve banden en afstammingsbanden om onder de bescherming van artikel 8 EVRM te vallen.<sup>818</sup>

Het Hof heeft slechts zeer uitzonderlijk het bestaan van een gezinsleven aanvaard wanneer er geen bloedband of (feitelijke) verwantschapsband bestaat tussen de leden ervan, met name in de situatie waar er sprake is van een *de facto* gezinsrelatie tussen een minderjarig kind en een zorgdragende volwassene, die geen bloedverwant is.<sup>819</sup>

In een aantal zaken m.b.t. jongvolwassen vreemdelingen die nog geen eigen gezin hebben gesticht, kan worden afgeleid dat het Hof deze eis van bijkomende elementen niet stelt en dat het Hof aanvaardt dat de relatie met hun ouders en andere nauw verwante familieleden gelijk kan staan met een 'gezinsleven', indien er voldoende nauwe en gevestigde banden zijn.<sup>820</sup> Indien dit niet het geval is, dan zal het Hof deze gezinsrelaties eerder bekijken als onderdeel van het privéleven van de vreemdeling.<sup>821</sup>

Voorts is het begrip "gezinsleven" niet van toepassing op de relatie met volwassenen die niet tot het kerngezin behoren en die niet aangetoond hebben afhankelijke familieleden te zijn.<sup>822</sup>

325. Wat het begrip 'privéleven' betreft, benadrukt het Hof dat dit een ruim begrip is: het is niet mogelijk noch noodzakelijk om een exhaustieve definitie te geven. Het privéleven behelst de fysieke, psychische en morele integriteit van een persoon.<sup>823</sup> Niettemin "*it would be too restrictive to limit the notion to an 'inner circle' in which the individual may live his own personal life as he chooses and to exclude therefrom entirely the outside world not encompassed within that circle*".<sup>824</sup> Artikel 8 EVRM houdt bijgevolg het recht in op de

---

<sup>818</sup> EHRM 15 oktober 2003, nr. 52206/99, *Mokrani v. Frankrijk*, par. 33; EHRM 12 januari 2010, nr. 47486/06, *A.W. Khan v. Verenigd Koninkrijk*, par. 32: Het Hof aanvaardde niet dat het feit dat de vreemdeling samenwoonde met zijn moeder en zijn broers, of het feit dat het gehele gezin onder verschillende gezondheidsklachten leed, een voldoende graad van afhankelijkheid vormde om te resulteren in het bestaan van een gezinsleven. Zie daarentegen EHRM 15 mei 2012, nr. 16567/10, *Nacic e.a. v. Zweden*, par. 76: Gezien de gezondheidstoestand van de meerderjarige zoon, stelde het Hof vast dat hij nog steeds een afhankelijk gezinslid van de ouders was.

<sup>819</sup> EHRM 22 april 1997, nr. 21830/93, *X, Y en Z v. Verenigd Koninkrijk*, par. 36-37; EHRM 12 juli 2001, nr. 25702/94, *K. en T. v. Finland*, par. 149-150.

<sup>820</sup> EHRM 18 februari 1991, nr. 12313/86, *Moustaquim v. België*, par. 36; EHRM 29 januari 1997, nr. 23078/93, *Bouchelkia v. Frankrijk*, par. 41.

Op 23 juni 2008 heeft het EHRM in de zaak *Maslov v. Oostenrijk* (nr. 1638/03), als volgt overwogen: "*The Court considers that the imposition and enforcement of the exclusion order against the applicant constituted an interference with his right to respect for his 'private and family life'*" (§ 61). (...) *He had reached the age of majority, namely 18 years, when the exclusion order became final in November 2002 following the Constitutional Court's decision, but he was still living with his parents. In any case, the court has accepted in a number of cases concerning young adults who had not founded a family of their own that their relationship with their parents and other close family members also constituted 'family life'*". (par. 62).

Op 23 september 2010 heeft het EHRM in de zaak *Bousarra v. Frankrijk* (nr. 25672/07), als volgt overwogen: "*Le requérant avait (...) vingt-quatre ans au moment de son expulsion. (...) Le requérant était célibataire et sans enfant. En tout état de cause, la Cour a admis dans un certain nombre de affaires concernant de jeunes adultes qui n'avaient pas encore fondé leur propre famille que leurs liens avec leurs parents et d'autres membres de leur famille proche s'analysaient également en une 'vie familiale'*". (par.38). Op 20 september 2011 heeft het EHRM in de zaak *A.A. v. Verenigd Koninkrijk* (nr. 8000/08), als volgt overwogen: "*An examination of the Court's case-law would tend to suggest that the applicant, a young adult of 24 years old, who resides with his mother and had not founded a family of his own, can be regarded as having 'family life'*". (par. 49).

<sup>821</sup> EHRM 12 januari 2010, nr. 47486/06, *A.W. Khan v. Verenigd Koninkrijk*, par. 43: Het Hof aanvaardde wel dat de nauwe banden met moeder en broers, die een zekere graad van afhankelijkheid vertoonden omwille van de relatieve ongezondheid van alle partijen, deel uitmaakten van het privéleven van de vreemdeling. "*Although there is no evidence to suggest that the family would not be able to cope without the applicant, his removal would likely cause greater difficulties than would otherwise be the case.*"

<sup>822</sup> EHRM 9 oktober 2003, Grote Kamer, nr. 48321/99, *Slivenko v. Letland*, par. 97; EHRM 3 juli 2012, nr. 52178/10, *Samsonnikov v. Estland*, par. 81.

<sup>823</sup> EHRM 5 maart 2009, nr. 38478/05, *Sandra Jankovic v. Kroatië*, par. 31 en 45.

<sup>824</sup> EHRM 16 december 1992, nr. 13710/88, *Niemietz v. Finland*, par. 29.

persoonlijke ontwikkeling alsook het recht om relaties aan te gaan en te ontwikkelen met andere personen en de buitenwereld in het algemeen. Omdat artikel 8 EVRM meervoudige aspecten van de fysieke en sociale identiteit van een persoon behelst, stelt het Hof dat elementen zoals gender-identificatie, de naam van een persoon, de seksuele oriëntatie en het seksuele leven van een persoon, de etnische identiteit, alsook de mentale gezondheid<sup>825</sup> en mentale stabiliteit van een persoon, belangrijke elementen zijn die worden beschermd door artikel 8 EVRM.<sup>826</sup>

326. Belangrijk is dat het Hof *“has consistently treated the expulsion of long-term residents under the head of “private life” as well as that of “family life”, some importance being attached in this context to the degree of social integration of the persons concerned.”*<sup>827</sup> Het Hof betreft dan ook gewoonlijk het netwerk van persoonlijke, sociale en economische belangen die het privéleven uitmaken van elke persoon, in zijn beoordeling ten aanzien van langdurig verblijvende of gevestigde vreemdelingen.<sup>828</sup> Immers, niet alle vreemdelingen, ongeacht hoe lang ze ook in de verdragsluitende Staten hebben verbleven, genieten daar noodzakelijkerwijs van een eventueel “gezinsleven”. Het Hof wijst evenwel ook op het bestaan van een eventueel ‘privéleven’: *“However, as Article 8 also protects the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world and can sometimes embrace aspects of an individual’s social identity, it must be accepted that the totality of social ties between settled migrants and the community in which they are living constitute part of the concept of ‘private life’ within the meaning of Article 8.”*<sup>829</sup> Het Hof zal daarom bij de beoordeling of de verwijdering van een langdurig regelmatig verblijvende of gevestigde vreemdeling een willekeurige inmenging uitmaakt, naargelang de omstandigheden van het individueel geval, in beginsel ofwel op het aspect ‘gezinsleven’ ofwel op het aspect ‘privéleven’, of het zal op beide aspecten focussen.<sup>830</sup>

In de zaak A.A. oordeelde het Hof evenwel dat ongeacht waar de focus op ligt, in de praktijk de factoren en elementen die moeten worden beoordeeld om de proportionaliteit van een verwijderingsmaatregel t.a.v. een langdurig verblijvende of gevestigde migrant te onderzoeken in wezen dezelfde zijn ongeacht of er sprake is van een privéleven dan wel een gezinsleven: *“An examination of the Court’s case-law would tend to suggest that the applicant, a young adult of 24 years old, who resides with his mother and has not yet founded a family of his own, can be regarded as having “family life”. However, it is not necessary to decide the question given that, as Article 8 also protects the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world and can sometimes embrace aspects of an individual’s social identity, it must be accepted that the totality of social ties between settled migrants and the community in which they are living constitutes part of the concept of “private life” within the meaning of Article 8. Thus, regardless of the existence or otherwise of a “family life”, the expulsion of a settled migrant constitutes an interference with his right*

---

<sup>825</sup> EHRM 6 februari 2001, nr. 44599/98, *Bensaid v. Verenigd Koninkrijk*, par. 47: *“Mental health must also be regarded as a crucial part of private life associated with the aspect of moral integrity. (...) The preservation of mental stability is in that context an indispensable precondition to effective enjoyment of the right to respect for private life.”* Zie ook EHRM 17 februari 2009, nr. 27319/07, *Onur v. Verenigd Koninkrijk*, par. 60: Hoewel de vreemdeling leed aan allerlei milde aandoeningen, vond het Hof geen bewijs dat hij geen behandeling of begeleiding kon verkrijgen in Turkije. EHRM 8 april 2008, nr. 2187/06, *Nnyanzi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 77.

<sup>826</sup> Zie voor een samenvatting van de algemene beginselen m.b.t. het begrip “privéleven”: EHRM 4 december 2008, nrs. 30562/04 en 30566/04, *S. en Marper v. Verenigd Koninkrijk*, par. 66, alsook EHRM 20 juli 2010, nr. 38816/07, *Dadouch v. Malta*, par. 47.

<sup>827</sup> EHRM 19 februari 1998, *Dalia v. Frankrijk*, par. 42-45. Zie de ‘dissenting opinion’ van rechter Martens in EHRM 24 april 1996, nr. 22070/93, *Boughanemi v. Frankrijk*, waarbij die verdedigde dat de verwijdering van geïntegreerde vreemdelingen steeds als een inmenging in hun privéleven moet worden beschouwd.

<sup>828</sup> EHRM 9 oktober 2003, Grotek Kamer, nr. 48321/99, *Slivenko v. Letland*, par. 95-96: *“the network of personal, social and economic relations that make up the private life of every human being”*.

<sup>829</sup> EHRM 18 oktober 2006, nr. 46410/99, *Üner v. Nederland*, par. 59.

<sup>830</sup> EHRM 23 juni 2008, nr. 1638/03, *Maslov v. Oostenrijk*, par. 64

*to respect for private life. While the Court has previously referred to the need to decide in the circumstances of the particular case before it whether it is appropriate to focus on “family life” rather than “private life”, it observes that in practice the factors to be examined in order to assess the proportionality of the deportation measure are the same regardless of whether family or private life is engaged.”*<sup>831</sup> In die zin stelde het Hof in de zaak *Balogun*: “*Not all settled migrants will have equally strong or social ties in the Contracting State where they reside but the comparative strength or weakness of those ties is, in the majority of cases, more appropriately considered in assessing the proportionality of the applicant’s deportation under Article 8 § 2.*”<sup>832</sup> Kortom, volgens het Hof komt het privéleven van de betrokken langdurig verblijvende of gevestigde vreemdeling sowieso aan bod in de criteria die worden aangereikt om de noodzakelijkheid en proportionaliteit van de betwiste maatregel te beoordelen.

327. Eens er is vastgesteld dat er sprake is van een privéleven of gezinsleven of beiden, zal het Hof nagaan of er een schending is van het recht op de eerbiediging van het privé- en/of gezinsleven van de vreemdeling. Het Hof maakt hierbij onderscheid tussen twee situaties. Een eerste situatie betreft de omstandigheid waarin de voortzetting van het regelmatig verblijf van een vreemdeling wordt stopgezet (de zgn. ‘*expulsion cases*’); een tweede situatie betreft de omstandigheid waarin de vreemdeling een binnenkomst tot het grondgebied of een (eerste) toelating tot verblijf wordt geweigerd (de zgn. ‘*admission cases*’).

---

<sup>831</sup> EHRM 20 september 2011, nr. 8000/08, *A.A. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 49.

<sup>832</sup> EHRM 10 april 2012, nr. 60286/09, *Balogun v. Verenigd Koninkrijk*, par. 43.



B. De stopzetting van het verblijfsrecht en/of de verwijdering van het grondgebied ('expulsion cases'): ongeoorloofde inmenging?

328. In de eerste situatie, m.n. waar het verdere verblijf van een regelmatig verblijvende of gevestigde vreemdeling ('settled migrant') wordt stopgezet, aanvaardt het Hof dat, wanneer het bestaan van een gezinsleven is vastgesteld, de weigering van een hernieuwing van een verblijfsvergunning, de intrekking van een verblijfsvergunning en/of een verwijderingsmaatregel, al dan niet in samenhang met een inreisverbod, een *inmenging* zal uitmaken op het gezinsleven, m.n. voor wat betreft het behoud en de voorzetting van dit gezinsleven. Evenzeer oordeelt het Hof dat waar de betrokkene een langdurig verblijf aantoonst, de weigering van een hernieuwing van een verblijfsvergunning of een verwijderingsmaatregel, een inmenging uitmaakt op het privéleven van de betrokkene: "*Indeed it will be a rare case where a settled migrant will be unable to demonstrate that his or her deportation will interfere with his or her private life as guaranteed by Article 8.*"<sup>833</sup> Vervolgens wordt nagegaan of deze inmenging een willekeurige inmenging betreft die aanleiding geeft tot het vaststellen van een schending onder artikel 8 EVRM. De inmenging wordt daarom getoetst conform artikel 8, lid 2, EVRM: er wordt onderzocht of de inmenging 1) bij wet is voorzien (legaliteitstoets), 2) een legitiem doel nastreeft (legitimitéitstoets), en 3) noodzakelijk is in een democratische samenleving (proportionaliteitstoets).

329. Een inmenging dient eerst in 'overeenstemming met de wet' te zijn. Volgens de vaststaande rechtspraak van het Hof impliceert dit dat er een juridische basis bestaat die voldoet aan bepaalde kwaliteitseisen. De betwiste maatregel dient een basis te hebben in het nationaal recht. De relevante wetgeving moet 'toegankelijk' zijn voor de betrokken vreemdeling en 'voorzienbaar'. Een rechtsbepaling is 'voorzienbaar' indien die met voldoende precisie is geformuleerd zodat het de vreemdeling toelaat om, indien nodig met geschikt advies, rekening te houden met de gevolgen van een bepaalde handeling, in een mate die redelijk is gezien de omstandigheden.<sup>834</sup>

De kwaliteitseisen die het Hof aan de nationale wetgeving stelt, zijn in zekere mate ook afhankelijk van de aard en de omvang van de inmenging in het privé- of gezinsleven. Daarnaast dient er een zekere mate van rechtsbescherming te zijn in het nationale recht tegen willekeurige inmengingen door openbare overheden inzake de rechten die door het EVRM worden verzekerd. Aldus het Hof: "*It would be contrary to the rule of law for the legal discretion granted to the executive in areas affecting fundamental rights to be expressed in terms of an unfettered power. Consequently, the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim of the measure in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference.*"<sup>835</sup>

330. In gevallen waarin het Hof moet oordelen over de verwijdering van vreemdelingen op grond van nationale veiligheid, hecht het Hof veel belang aan het bestaan van waarborgen die garanderen dat de soevereine en discretionaire bevoegdheid van een Staat wordt uitgeoefend in overeenstemming met de wet en zonder misbruik. Het Hof benadrukt dat in deze gevallen de vreemdeling moet worden ingelicht over de feitelijke redenen van de betwiste maatregel en dat de vreemdeling in staat moet zijn om de bewering van de uitvoerende macht dat de

---

<sup>833</sup> EHRM 10 april 2012, nr. 60286/09, *Balogun v. Verenigd Koninkrijk*, par. 43. Zie ook EHRM 9 december 2010, nr. 16327/05, *Gezginci v. Zwitserland*, par. 57.

<sup>834</sup> EHRM 17 februari 2009, nr. 27319/07, *Onur v. Verenigd Koninkrijk*, par. 48.

<sup>835</sup> EHRM 20 juni 2002, nr. 50963/99, *Al-Nashif v. Bulgarije*, par. 119-121.

nationale veiligheid in gevaar is, te betwisten in een tegensprekelijke procedure.<sup>836</sup> Voorts dient de vreemdeling ook de mogelijkheid te hebben om beroep aan te tekenen bij een bevoegd onafhankelijk orgaan, dat een zinvol en nauwkeurig onderzoek kan uitvoeren waarbij onder meer de geloofwaardigheid van de gronden waarop een verwijderingsmaatregel is gebaseerd, kan worden getoetst.<sup>837</sup> In de zaak *Estrikh* oordeelde het Hof dat een verwijdering niet in overeenstemming met de wet had plaatsgevonden omdat die was gebaseerd op een vonnis dat nog geen gezag van gewijsde had verkregen en er bovendien nog een beroep hangende was. Er was dus geen juridische basis voor de verwijdering.<sup>838</sup>

331. Een inmenging dient vervolgens een 'legitiem doel' na te streven, d.i. in het belang van de nationale veiligheid, zoals het behoud en handhaving van migratiecontrole<sup>839</sup>, de openbare veiligheid (bijvoorbeeld wanneer de verzoeker ernstige strafbare feiten heeft gepleegd<sup>840</sup>), of het economisch welzijn van het land<sup>841</sup>, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten<sup>842</sup>, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

332. Het is niet voldoende dat de verdragsluitende Staat beweert dat deze wettelijke doelen worden nagestreefd. Er moet worden aangetoond dat de handeling oprecht het doel bevordert en dat de handeling noodzakelijk is om het doel te bereiken.<sup>843</sup> In die zin gaat het Hof tenslotte na of de inmenging 'noodzakelijk is in een democratische samenleving'. 'Noodzakelijk' betekent dat de maatregel "*is justified by a pressing social need and is proportionate to the aim pursued*".<sup>844</sup> Verdragsluitende Staten beschikken hier over een bepaalde beleidsmarge, maar het Hof zal nagaan of er een billijke afweging ('*fair balance*') werd gemaakt tussen de belangen van het individu en de belangen van de samenleving.<sup>845</sup>

In de zaak *Hasanbasic* stelde het Hof vast dat de aanzienlijke schulden van de verzoeker en de grote sommen bijstandsgeld die werden ontvangen, een belangrijke rol hadden gespeeld in de belangenafweging van de nationale overheden en hadden geleid tot een weigering van de hernieuwing van de verblijfsvergunning.<sup>846</sup> Het Hof herinnert eraan dat het economisch welzijn van het land uitdrukkelijk is voorzien als een legitiem doel om inmenging in het privé- en gezinsleven te verantwoorden. De Zwitserse overheden mochten dus deze schulden en afhankelijkheid van de sociale bijstand in overweging nemen in de mate dat die bijstand een weerslag had op het economisch welzijn van het land. Tegelijkertijd benadrukt het Hof dat dit een element is dat naast andere elementen in rekening dient te worden gebracht. Het Hof aanvaardt dat het economisch welzijn van het land een legitiem doel vormt om een aanvraag

---

<sup>836</sup> EHRM 15 april 2014, nr. 43875/09, *Asalya v. Turkije*, par. 116 e.v.

<sup>837</sup> In de volgende zaken kwam het Hof tot de vaststelling dat het wettelijk kader voor de verwijdering van vreemdelingen op grond van de nationale veiligheid tekortschoot: EHRM 20 juni 2002, nr. 50963/99, *Al-Nashif v. Bulgarije*, par. 122-124 en par. 125-129; EHRM 8 juni 2006, nr. 10337/04, *Lupsa v. Roemenië*, par. 32-38, alsook EHRM 24 april 2008, nr. 1365/07, *C.G. e.a. v. Bulgarije*, par. 37-50. In deze laatste zaak toonden drie 'dissenting' rechters zich bezorgd over de aandacht die in de zaak wordt gehecht aan procedurele waarborgen i.p.v. aan het proportionaliteitscriterium. Zie ook EHRM 6 december 2007, nr. 42086/05, *Liu v. Rusland*, par. 55-69; EHRM 15 februari 2011, nr. 33118/05, *Gelerie v. Roemenië*; EHRM 11 februari 2010, nr. 31465/08, *Raza v. Bulgarije* en EHRM 2 september 2010, nr. 1537/08, *Kaushal e.a. v. Bulgarije*, par. 31-32: "... the domestic courts failed to examine a critical aspect of the case, namely, whether the executive had been able to demonstrate the existence of specific facts serving as a basis for their assessment that Mr. Kaushal presented a national security risk. This is sufficient to lead the Court to the conclusion that the national court confined themselves to a purely formal examination of the decision to expel Mr. Kaushal."

<sup>838</sup> EHRM 18 januari 2007, nr. 73819/01, *Estrikh v. Letland*, par. 175-176.

<sup>839</sup> EHRM 8 april 2008, nr. 21878/06, *Nnyanzi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 76.

<sup>840</sup> EHRM 24 september 2007, nr. 16351/03, *Konstatinov v. Nederland*, par. 51

<sup>841</sup> EHRM 11 juli 2000, nr. 29192/95, *Ciliz v. Nederland*, par. 65.

<sup>842</sup> EHRM 23 juni 2008, nr. 1638/03, *Maslov v. Oostenrijk*, par. 67.

<sup>843</sup> EHRM 28 mei 1985, nr. 9214/80, 9473/81 en 9474/81, *Abdulaziz, Cabales en Balkandali*, par. 78.

<sup>844</sup> EHRM 19 februari 1998, nr. 26102/95, *Dalia v. Frankrijk*, par. 52.

<sup>845</sup> EHRM 23 juni 2008, nr. 1638/03, *Maslov v. Oostenrijk*, par. 76.

<sup>846</sup> EHRM 11 juni 2013, nr. 52166/09, *Hasanbasic v. Zwitserland*, par. 57-66.

van hernieuwing van de verblijfsvergunning te weigeren, maar deze reden moet op zijn juiste waarde worden ingeschat in het licht van de specifieke omstandigheden van de zaak, onder meer het langdurig verblijf en de onbetwiste sociale integratie, het gegeven dat hoewel de verzoeker sporadisch in Zwitserland zou kunnen vertoeven, deze tijdelijke maatregelen op geen enkele wijze het recht van de verzoeker om samen te leven met zijn echtgenote kan vervangen, en het feit dat zijn gezondheidstoestand aanzienlijk verzwakt was en constante opvolging vergde. Het Hof sloot niet uit dat de verzoekers ontworteling uit zijn gebruikelijke omgeving in Zwitserland destabiliserende gevolgen zou hebben op zijn reeds fragiele gezondheid en nieuwe medische complicaties zou teweeg brengen. Het Hof oordeelde dat de genomen maatregel niet verantwoord wordt door een dwingende sociale behoefte en niet evenredig is met het aangevoerde legitieme doel.

In *Palanci* liet het Hof daarentegen wel financiële overwegingen meewegen, maar dan niet vanuit het economisch welzijn als legitiem doel, maar wel vanuit de ‘openbare orde’ als legitiem doel. Het Hof verwees naar de strafrechtelijke veroordelingen van de verzoeker, maar wees eveneens op zijn continue groeiende schulden en zijn falen om alimentatie te betalen – beide elementen die pertinent waren voor de beslissing om van de Zwitserse overheid om verzoeker te verwijderen van het grondgebied. Ondanks herhaaldelijke waarschuwingen van de immigratie-overheden, was de financiële situatie van verzoeker steeds verslechterd. Volgens het Hof: “*The Court agrees with the domestic authorities that the applicant lacked the necessary diligence and responsibility in financial and professional matters, with the result that the number of debts increased and he and his family were dependent on social welfare until September 2004. Since the applicant, furthermore, only changed his behaviour in financial matters once he had been informed by the immigration authorities in October 2004 that his expulsion was imminent, the Court takes the view that the domestic authorities rightly assumed that the applicant’s behaviour had been a threat to public order.*”<sup>847</sup>

#### a.) Inmenging omwille van de openbare veiligheid en nationale veiligheid

333. Het Hof is herhaaldelijk geconfronteerd met situaties waarin het verblijfsrecht wordt stopgezet en de verwijdering van langdurig verblijvende migranten wordt bevolen op grond van de openbare of nationale veiligheid.

Om een zekere duidelijkheid en klaarheid in zijn rechtspraak te verzekeren, stelde het Hof een aantal criteria voorop op basis waarvan de noodzakelijkheid en proportionaliteit van de verwijdering van een vreemdeling op grond van de openbare of nationale veiligheid dient te worden beoordeeld. Deze zgn. *Boultif*-criteria fungeren als algemene richtlijnen (ook voor de nationale rechtbanken) om na te gaan of een maatregel noodzakelijk en proportioneel is indien deze verwijdering het gezinsleven en het behouden en de voortzetting ervan zou bemoeilijken: “*In assessing the relevant criteria in such a case, the Court will consider the nature and seriousness of the offence committed by the applicant; the duration of the applicant’s stay in the country from which he is going to be expelled; the time which has elapsed since the commission of the offence and the applicant’s conduct during that period; the nationalities of the various persons concerned; the applicant’s family situation*”<sup>848</sup>, such

---

<sup>847</sup> EHRM 25 maart 2014, nr. 2607/08, *Palanci v. Zwitserland*, par. 58. Zie ook de *joint concurring opinions* van rechters Raimond, Sajó en Spano, die zich niet konden vinden in de categorisatie van eht wettelijk doel. Hoewel financiële overweging legitiem in overweging kunnen worden genomen bij het nemen van een verwijderingsmaatregel, kan dit enkel gerechtvaardigd zijn wanneer het wettelijk doel er in bestaat om het economisch welzijn van het land te beschermen. De openbare orde is geen wettelijk doel dat wordt vermeld in artikel 8, lid 2 EVRM.

<sup>848</sup> In EHRM 3 juli 2012, nr. 52178/10, *Samsonnikov v. Estland*, par. 87, nam het Hof, hoewel vader en zoon afhankelijk waren van elkaar wegens de ziekte van de zoon en de leeftijd van de vader, geen standpunt in over de vraag over sprake was van een gezinsleven.

*as the length of the marriage; other factors revealing whether the couple lead a real and genuine family life; whether the spouse knew about the offence at the time when he or she entered into a family relationship<sup>849</sup>; and whether there are children in the marriage and, if so, their age. Not least, the Court will also consider the seriousness of the difficulties which the spouse could be likely to encounter in the applicant's country of origin, although the mere fact that a person might face certain difficulties in accompanying her or his spouse cannot in itself preclude expulsion.*"<sup>850</sup>

334. In de latere zaak *Üner* verduidelijkte de Grote Kamer van het Hof twee criteria die reeds impliciet aanwezig waren in de *Boultif*-criteria: "*The Court would wish to make explicit two criteria which may already be implicit in those identified by the Boultif judgment:*

- *the best interests and well-being of the children, in particular the seriousness of the difficulties which any children of the applicant are likely to encounter in the country to which the applicant is to be expelled; and*
- *the solidity of social, cultural and family ties with the host country and with the country of destination.*"<sup>851</sup>

Met andere woorden, het Hof zal, rekening houdend met de beleidsmarge van de verdragssluitende Staten, nagaan of er een billijke afweging werd gemaakt tussen de belangen van het individu en de belangen van de samenleving door de noodzakelijkheid en de proportionaliteit van de inmenging aan de hand van volgende criteria (zgn. *Boultif/Üner* criteria) te onderzoeken:

- de aard en ernst van de strafrechtelijke inbreuk;
- de tijdsduur van het verblijf in het gastland<sup>852</sup>;
- de tijdsduur die verstreken is sinds de inbreuk en het gedrag van verzoeker sindsdien;
- de nationaliteit van de betrokkenen;
- de gezinssituatie van de verzoeker en, naargelang het geval, de tijdsduur van zijn/haar huwelijk, en andere factoren die wijzen op een daadwerkelijk beleefd gezinsleven als koppel;<sup>853</sup>
- de vraag of de echtgeno(o)t(e) kennis had van de inbreuk bij het totstandkomen van de gezinsrelatie;
- de kinderen uit dit huwelijk en hun leeftijd;
- de ernst van de moeilijkheden die de echtgeno(o)t(e) riskeert te ondervinden in het land waarheen ze worden uitgewezen;
- het belang en welzijn van de kinderen, in het bijzonder de ernst van de moeilijkheden die de kinderen riskeren in het land waarheen ze worden uitgewezen;
- de hechtheid van de sociale, culturele en familiale banden met het gastland en het land waarheen ze worden verwijderd

<sup>849</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM 12 januari 2010, nr. 47486/06, *A.W. Khan v. Verenigd Koninkrijk*, par. 44-47: De vriendin van de verzoeker begon een relatie met hem terwijl hij zijn gevangenisstraf uitzat. "*She was therefore fully aware of his criminal record at the beginning of the relationship. Accordingly, no decisive weight can be attached to this family relationship.*" Zie in dezelfde zin EHRM 3 juli 2012, nr. 52178/10, *Samsonnikov v. Estland*, par. 87: "*V. must have been aware of the applicant's precarious status as regards his residence rights in Estonia.*"

<sup>850</sup> EHRM 2 augustus 2001, nr. 54273/00, *Boultif v. Zwitserland*, par. 48. Zie voor toepassingen EHRM 31 oktober 2002, nr. 37295/97, *Yildiz v. Oostenrijk*, par. 43-45; EHRM 17 januari 2006, nr. 50278/99, *Aoulmi v. Frankrijk*, par. 85-90.

<sup>851</sup> EHRM 18 oktober 2006, nr. 46410/99, *Üner v. Nederland*, par. 58.

<sup>852</sup> Zie bv. EHRM 25 maart 2014, nr. 2607/08, *Palanci v. Zwitserland*, par. 59. Het Hof zal minder gewicht geven aan de tijdsduur die in gastland werd doorgebracht op basis van een onzekere verblijfsstatus, bv. als asielzoeker. Niettemin moet m.i. worden opgemerkt dat het aan staten is om een snelle en efficiënte asielprocedures te hanteren. Het gegeven dat een vreemdeling lang heeft moeten wachten op de uitkomst van zijn hangende asielaanvraag, zou niet tegen de vreemdeling mogen worden gebruikt. Voorts kan men moeilijk verhinderen of verbieden dat tijdens de behandelingsperiode van een asielaanvraag een gezins- en/of privéleven wordt ontwikkeld, des te meer wanneer er sprake is van onredelijke termijnen.

<sup>853</sup> In de zaak *M.E.* benadrukte het Hof het gegeven dat de verzoeker maar zeer beperkt contact had met zijn kinderen uit verschillende relaties. EHRM 8 juli 2014, nr. 58363/10, *M.E. v. Zweden*, par. 80.

- eventuele bijzondere omstandigheden, zoals medische elementen.<sup>854</sup>

Het gewicht dat aan elk van de criteria wordt toegekend, varieert naargelang de bijzondere omstandigheden van de individuele zaak.<sup>855</sup>

Het Hof zal nagaan welke impact de verwijdering heeft op de echtgeno(o)t(e) en de eventuele kinderen. Er wordt onderzocht of van de gezinsleden redelijkerwijze kan worden verwacht dat ze het betrokken gezinslid volgen naar het land van verwijdering. Daarvoor wordt onder meer hun aanpassingsvermogen ('*adaptability*')<sup>856</sup> beoordeeld (bijvoorbeeld wat betreft het aanleren van een nieuwe taal), alsook de mogelijke ernstige moeilijkheden met betrekking tot godsdienst, gezondheid, tewerkstelling, onderwijs<sup>857</sup>, of andere sociale en culturele gegevens in het land waartoe de vreemdeling wordt verwijderd.<sup>858</sup>

Het feit dat de verwijderingsmaatregel en het daarbij horende inreisverbod wel of niet is beperkt in de tijd, wordt eveneens in rekening gebracht.<sup>859</sup> In de zaak *Emre* oordeelde het Hof dat een inreisverbod van onbepaalde duur niet proportioneel was rekening houdend met de geringe ernst van de gepleegde criminele feiten, de zwakke banden met Turkije, de duur van het verblijf in Zwitserland, het gedrag van de persoon sinds de criminele feiten en het definitieve karakter van de verwijdering. Het feit dat de opheffing of intrekking van het inreisverbod kon worden gevraagd, vond het Hof veeleer speculatief.<sup>860</sup> Ook de latere hervorming van het inreisverbod van onbepaalde duur naar een inreisverbod van tien jaar ("*which is a considerable period in a person's life*") doorstond de proportionaliteitstoets niet.<sup>861</sup> De rechtspraak van het Hof inzake inreisverboden hangt echter in sterke mate af van de individuele omstandigheden van de voorliggende zaak, alsook van de eventuele mogelijkheid om een (tijdelijke) opschorting van een inreisverbod te vragen.

In de zaak *Kissiwá Koffi* hield het Hof rekening met de mogelijkheid voor een vreemdelinge met de Ivoriaanse nationaliteit om de tijdelijke opschorting van het inreisverbod voor onbepaalde duur aan te vragen, waardoor zij in staat zou zijn om haar Zwitserse echtgenoot en

<sup>854</sup> EHRM 22 mei 2008, nr. 42034/04, *Emre v. Zwitserland*, 71 e.v.; EHRM 11 juni 2013, nr. 52166/09, *Hasanbasic v. Zwitserland*, par. 54.

<sup>855</sup> Zie voor een illustratie: EHRM 24 juni 2014, nr. 32493/08, *Ukaj v. Zwitserland*.

<sup>856</sup> EHRM 12 juni 2012, nr. 54131/10, *Bajsultanov v. Oostenrijk*, par. 90: Het Hof ontkende dat een hervestiging van het gezin van Oostenrijk naar Tsjestjenië moeilijk zal zijn, maar oordeelde dat de kinderen "*are still of an adaptable age*" en dat er geen onoverkombare hinderpalen aanwezig waren.

<sup>857</sup> Europese Commissie Mensenrechten 14 juli 1982, nr. 9492/81, *X. v. Verenigd Koninkrijk* (onontvankelijkheidsbeslissing): "*the obligation for a young boy to continue his studies elsewhere is not, as such, an interference with his family life*".

<sup>858</sup> Zie bijvoorbeeld met betrekking tot onoverkomelijke hinderpalen voor de echtgenoten: EHRM 11 juli 2002, nr. 56811/00, *Amrollahi v. Denemarken*, par. 41: De Deense echtgenote van een Iraanse man sprak geen Farsi, was geen moslima en was nooit in Iran geweest, wat voor ernstige moeilijkheden kon zorgen; EHRM 26 maart 1992, nr. 12083/86, *Beldjoudi v. Frankrijk*, par. 78: Het Hof oordeelde dat "*The interference in question might therefore imperil the unity or even the very existence of the marriage*". Zie met betrekking tot onoverkomelijke hinderpalen voor kinderen: EHRM 26 september 1997, nr. 25017/94, *Mehemi v. Frankrijk*, par. 36; EHRM 27 oktober 2005, nr. 32231/02, *Keles v. Duitsland*, par. 64; en EHRM 31 januari 2006, nr. 50252/99, *Sezen v. Nederland*, par. 47 en 49. In EHRM 17 februari 2009, nr. 27319/07, *Onur v. Verenigd Koninkrijk*, par. 60, oordeelde het Hof dan weer dat de praktische hinderpalen die de Britse partner en de jonge kinderen van de verwijderde vreemdeling zouden ondervinden in Turkije, niet in die mate onoverkomelijk waren dat ze een leven in Turkije zouden beletten, bovendien beschikten de kinderen, gezien hun jonge leeftijd, nog over voldoende aanpassingsvermogen. Zie ook B. DE HART, "Love Thy Neighbour: Family Reunification and the Rights of Insiders", *EJML* 2009, 235-252.

<sup>859</sup> EHRM 17 april 2003, nr. 52853/99, *Yilmaz v. Duitsland*, par. 48 (schending artikel 8 EVRM): Het Hof hield rekening met de zeer jonge leeftijd van de dochter en het feit dat de vreemdeling beschikte over een onbeperkt regelmatig verblijf alvorens een verwijderingsmaatregel werd genomen samen met een inreisverbod dat niet in tijd werd beperkt. In EHRM 24 augustus 1999, nr. 43218/98, *Farah v. Zweden*, werd geen schending vastgesteld omdat het inreisverbod was beperkt tot een periode van tien jaar. Zie ook EHRM 27 oktober 2005, nr. 32231/02, *Keles v. Duitsland*, par. 65.

<sup>860</sup> EHRM 22 mei 2008, nr. 42034/04, *Emre v. Zwitserland*.

<sup>861</sup> Zie ook EHRM 11 oktober 2011, nr. 5056/10, *Emre v. Zwitserland* (nr. 2).

haar zoon te bezoeken in Zwitserland.<sup>862</sup> De vreemdelinge werd veroordeeld voor cocaïnesmokkel. Na het uitzitten van haar gevangenisstraf werd haar verblijfsvergunning beëindigd en werd ze verwijderd. Inzake het inreisverbod werd gesteld: “*Enfin, la Cour rappelle également que l’interdiction du territoire a été prononcée pour une durée indéterminée. Cet élément peut rendre la mesure imposée disproportionnée et constitue l’un des éléments à prendre en compte dans la pesée des intérêts (voir, par ex., Emre, précité § 85). En même temps, la Cour observe que la requérante peut demander la levée à titre temporaire de l’interdiction en vue de rendre visite à sa famille en Suisse, ce qui distingue la présente cause notamment de l’affaire Üner (précitée), dans laquelle toute visite, même de courte durée, était exclue (§ 65). A cet égard, la Cour rappelle que la requérante a soumis trois demandes, dont l’une a été accueillie favorablement par les autorités suisses, conformément à la loi pertinente (paragraphe 34 ci-dessus). La requérante allègue qu’elle n’a pas fait usage de cette autorisation pour des raisons financières et à cause des difficultés d’obtenir un visa (paragraphe 31 ci-dessus). Par ailleurs, il ressort de l’arrêt du Tribunal administratif fédéral du 9 mars 2011 que la requérante n’avait pas soumis d’autres demandes (paragraphe 32 ci-dessus). En tout état de cause, comme l’a observé à juste titre ce dernier tribunal dans le même arrêt, les autorités compétentes avaient démontré, par l’acceptation de l’une de ses demandes, qu’elles voulaient permettre à la requérante de maintenir le contact avec ses proches en Suisse (paragraphe 32 ci-dessus). La Cour interprète cette acceptation comme une preuve que les autorités internes étaient soucieuses de se conformer aux exigences du respect de la vie familiale au sens de l’article 8 et en déduit que la possibilité d’allègement de la mesure d’interdiction de territoire n’existe pas seulement théoriquement, mais réellement et pratiquement.*”<sup>863</sup> In een *dissenting opinion* werd deze stelling bekritiseerd omdat de mogelijkheid om een tijdelijke opschorting te vragen van het inreisverbod speculatief is en geheel wordt overgelaten aan de discretionaire bevoegdheid van de Zwitserse overheden, maar ook omdat deze mogelijkheid volgens de *dissenting* rechters niet kon worden gezien als een alternatief voor het recht van de familie om hun gezinsleven samen te beleven.<sup>864</sup>

In de zaak *Udeh* stelde het Hof vast dat de verzoeker, enerzijds, slechts tweemaal een strafrechtelijke inbreuk had begaan en dat, anderzijds, hij zeven jaar in Zwitserland had doorgebracht “*ce qui constitue une durée considérable dans la vie d’un être humain*”, en dat Zwitserland het centrum uitmaakt van zijn privé- en gezinsleven. Het Hof had bijzondere aandacht voor het hoger belang van zijn tweelingdochters. Na de scheiding van de ouders is de enige mogelijkheid voor de verzoeker om contact te houden met zijn dochters, hem een verblijfsrecht toe te kennen, daar van de moeder noch van de tweelingdochters kan worden verwacht dat zij de verzoeker volgen naar zijn land van herkomst. Het Hof wees op het inreisverbod van negen jaar opgelegd aan verzoeker. Zelfs al zou het inreisverbod al dan niet tijdelijk worden opgeheven en de verzoeker zijn dochters kunnen bezoeken, dan nog kan deze tijdelijke maatregel het recht van de verzoeker om samen te leven met zijn dochters, wat een van de fundamentele aspecten van het recht op de bescherming van het gezinsleven uitmaakt, niet vervangen. In het licht van het belang van de tweelingdochters, de daadwerkelijke gezinsband tussen de verzoeker en zijn dochters, het gegeven dat de verzoeker slechts één ernstige inbreuk heeft gepleegd en het feit dat zijn gedrag de laatste tijd onbesproken is, wat een positieve evolutie doet vermoeden, stelde het Hof vast dat er geen billijke belangenafweging had plaatsgevonden.<sup>865</sup>

<sup>862</sup> EHRM 15 februari 2013, nr. 38005/07, *Kissiwa Koffi v. Zwitserland*.

<sup>863</sup> EHRM 15 februari 2013, nr. 38005/07, *Kissiwa Koffi v. Zwitserland*, par. 70.

<sup>864</sup> Zie de *dissenting opinion* van rechters Raimondi en Pinto de Albuquerque bij EHRM 15 februari 2013, nr. 38005/07, *Kissiwa Koffi v. Zwitserland*.

<sup>865</sup> EHRM 16 april 2013, nr. 12020/09, *Udeh v. Zwitserland*, par. 38-55.

Anders oordeelde het Hof in de zaak *Vasquez*.<sup>866</sup> Een Peruviaanse onderdaan verbleef in Zwitserland in de periode 1999-2008 en was getrouwd met een Zwitserse onderdane van wie hij later scheidde. In 2001 werd de verzoeker veroordeeld wegens seksuele misdrijven tegen minderjarigen. De oorspronkelijke beslissing tot uitwijzing van het Zwitserse grondgebied voor een periode van tien jaar werd vervangen door een uitwijzing voor onbeperkte tijd. Hoewel de verzoeker ondertussen hertrouwd was met een vrouw met de Zwitserse en Duitse nationaliteiten, werd geoordeeld dat het gedrag van de verzoeker niet onberispelijk was gebleven en dat hij, gelet op de dubbele nationaliteiten van zijn tweede echtgenote, zich in een naburig land kon vestigen. De verzoeker voerde aan dat gezien zijn sterke sociale en professionele banden met Zwitserland, deze uitwijzing voor onbeperkte tijd een willekeurige inmenging uitmaakte van zijn privéleven. Hij meende dat de weigering van een verblijfsvergunning een schending uitmaakte van artikel 8 EVRM. Het Hof stelde vast dat verzoeker inderdaad sociale, professionele en familiebanden had ontwikkeld in Zwitserland gedurende zijn verblijf van 15 jaar in dat land. De uitwijzing maakte aldus een inmenging uit. Het Hof onderzocht de noodzakelijkheid en proportionaliteit van de onbeperkte uitwijzingsmaatregel. De ernst van zijn seksuele misdrijven werd in overweging genomen, zijn verblijf in de gevangenis en zijn onzekere verblijfsstatus tijdens deze periode, alsook het risico op recidivisme. Het Hof stelde daarnaast vast dat de verzoeker en zijn vrouw zich in Frankrijk dicht bij de Zwitserse grens hadden gevestigd, dat de verzoeker zijn familiebanden met zijn broers en zussen ook van op die afstand kon onderhouden en dat hij sociale, culturele, linguïstische en familiebanden had behouden met zijn land van herkomst, Peru. Hoewel de uitwijzing voor onbeperkte duur geldt, stelde het Hof vast dat de verzoeker niet geheel werd verhinderd om Zwitserland met voorafgaande machtiging te betreden. Bovendien kon het inreisverbod eventueel op verzoek worden opgeheven. In slotsom oordeelde het Hof dat een billijke afweging was gemaakt bij de weigering van een verblijfsvergunning en dat zijn uitwijzing proportioneel was met het nagestreefde doel van de openbare veiligheid en dus noodzakelijk was. Dit werd aldus niet beschouwd als een schending van artikel 8 EVRM.

335. Net zoals het geval is bij artikel 3 EVRM, zal het Hof in beginsel een grief onder artikel 8 EVRM, wanneer de verwijdering reeds heeft plaatsgevonden, onderzoeken in het licht van de feiten die gekend waren of gekend hadden moeten zijn op het moment van de effectieve verwijdering. Wanneer de effectieve verwijdering echter nog niet heeft plaatsgevonden, hanteert het Hof een *ex nunc*-beoordeling en beperkt het zich niet tot een beoordeling van de situatie op het moment dat de beslissing tot verwijdering werd genomen.<sup>867</sup> Dit is van belang voor de beoordeling van een van de zgn. *Boultif*-criteria, met name het gegeven dat er rekening moet worden gehouden met de tijdsduur die verstreken is sinds de inbreuk en het gedrag van de betrokken persoon sindsdien.

Het Hof volgt hiermee de benadering van de rechtspraak van het Hof van Justitie in een aantal openbare veiligheidszaken waar werd geoordeeld dat nationale praktijken waarbij nationale rechtbanken geen acht mogen slaan op feitelijke ontwikkelingen die plaatsvinden na een definitieve beslissing, dienen te worden uitgesloten: *“In this connection, the Court would point out that its task is to assess the compatibility with the Convention of the applicant’s actual expulsion, not that of the final expulsion order. Mutatis mutandis, this would also appear to be the approach followed by the CJEU which stated in its Orfanopoulos and Oliveri judgment that Article 3 of Directive 64/221 precludes a national practice whereby the national courts may not take into consideration, in reviewing the lawfulness of the expulsion of a national of another member State, factual matters which occurred after the*

---

<sup>866</sup> EHRM 26 november 2013, nr. 1785/08, *Vasquez v. Zwitserland*, par. 40 e.v.

<sup>867</sup> EHRM 23 juni 2008, nr. 1638/03, *Maslov v. Oostenrijk*, par. 91.

*final decision of the competent authorities(...)*”.<sup>868</sup> Het Hof meent dat deze toetsing van de noodzakelijkheid en proportionaliteit van de betwiste maatregel aan de feitelijke gegevens die gelden op het moment van de verwijdering, niet tegenstrijdig is met de eerdere stelregel dat het bestaan van een gezinsleven en/of privéleven moet worden beoordeeld op het moment van de definitieve beslissing: *“This is not in contradiction with an assessment of the existence of “family life” at the time when the exclusion order becomes final, in the absence of any indication that the applicant’s “family life” would have ceased to exist after that date (...). Even if it had done so, the applicant could still claim protection of his right to respect for his “private life” within the meaning of Article 8 (...)*”.<sup>869</sup> Er kan immers enige tijd verlopen tussen de definitieve beslissing en de effectieve uitvoering van de verwijdering, wat de noodzaak doet ontstaan om de gevolgen van dit tijdsverloop m.b.t. de proportionaliteit van de verwijdering te beoordelen. In de zaak *Maslov* achtte het Hof dan ook dat het aangewezen is om het gedrag van de betrokkene te beoordelen tijdens de periode daterend van na zijn laatste inbreuk tot en met zijn effectieve verwijdering.<sup>870</sup>

Daartegen staat wel dat gezinsbanden die worden ontwikkeld na de datum van de uitvoering van de verwijderingsmaatregel, door het Hof niet mee in overweging worden genomen.<sup>871</sup>

336. In beginsel benadrukt het Hof dat artikel 8 EVRM geen absolute bescherming verleent tegen de verwijdering voor eender welke categorie van vreemdelingen, of de vreemdeling nu als volwassene het grondgebied van de ontvangende Staat is binnengekomen of op een zeer jonge leeftijd.

Het Hof was in de zaak *Hasanbasic* evenwel van oordeel dat waar een vreemdeling een diepgewortelde integratie aantoonde in het gastland na een langdurig en ononderbroken regelmatig verblijf, de nationale overheden op overtuigende wijze en met pertinente en voldoende motieven dienen aan te tonen dat er een dwingende sociale behoefte bestaat om de betrokkene te verwijderen en dat de genomen verwijderingsmaatregel evenredig is met het nagestreefde legitieme doel.<sup>872</sup>

Voorts heeft het Hof verduidelijkt dat bovenstaande criteria des te meer van toepassing zijn (*à plus forte raison*)<sup>873</sup> op situaties waarin de vreemdeling is geboren in de ontvangende Staat of daar op jonge leeftijd is binnengekomen: *“the rationale behind making the duration of a persons’ stay in the host country one of the elements to be taken into account lies in the assumption that the longer a person has been residing in a particular country, the stronger his or her ties with that country and the weaker the ties with the country of his or her nationality will be.”*<sup>874</sup> Het Hof besteedt dus bijzondere aandacht aan de positie van vreemdelingen die heel hun kindertijd, zonet een groot deel daarvan, hebben doorgebracht in de verdragsluitende Staat, daar zijn opgevoed en onderwijs hebben genoten. In die zin heeft het Hof oog voor het feit dat vele tweedegeneratiemigranten vaak in een verdragsluitende Staat zijn geboren of daar op zeer jonge leeftijd zijn aangekomen en in sommige gevallen ook geen banden meer hebben met hun land van nationaliteit.

---

<sup>868</sup> EHRM 23 juni 2008, nr. 1638/03, *Maslov v. Oostenrijk*, par. 93. HvJ 29 april 2004, gevoegde zaken C-482/01 en 493/01, *Orfanopoulos en Oliveri*.

<sup>869</sup> EHRM 23 juni 2008, nr. 1638/03, *Maslov v. Oostenrijk*, par. 93; EHRM 20 september 2011, nr. 8000/08, *A.A. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 67.

<sup>870</sup> EHRM 23 juni 2008, nr. 1638/03, *Maslov v. Oostenrijk*, par. 95.

<sup>871</sup> EHRM 29 januari 1997, nr. 23078/93, *Bouchelkia v. Frankrijk*, par. 40-41; EHRM 4 oktober 2001, nr. 43359/98, *Adam v. Duitsland* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>872</sup> EHRM 11 juni 2013, nr. 52166/09, *Hasanbasic v. Zwitserland*, par. 57.

<sup>873</sup> EHRM 15 juli 2004, nr. 52206/99, *Mokrani v. Frankrijk*, par. 30-31.

<sup>874</sup> EHRM 23 juni 2008, nr. 1638/03, *Maslov v. Oostenrijk*, par. 74.



337. Wanneer een volwassen migrant geen gezin heeft gesticht in de verdragsluitende Staat, maar daar werd geboren en heel zijn kindertijd en jeugd of een groot deel ervan in de verdragsluitende Staat heeft doorgebracht, dan wordt nagegaan of de verwijdering een noodzakelijke en proportionele inmenging van het privéleven en/of het breder gezinsleven uitmaakt en zijn er derhalve *zeer ernstige redenen* vereist om een verwijdering te rechtvaardigen.<sup>875</sup> Het Hof beoordeelt dan enkel de eerste drie *Boultif*-criteria, nl. de aard en ernst van de gepleegde inbreuken, de duur van het verblijf van de vreemdeling in de verdragsluitende Staat en de tijdsperiode die verlopen is tussen het plegen van de inbreuk en de verwijderingsmaatregel, alsook het gedrag van de vreemdeling tijdens die periode. Daarenboven wordt ook gekeken naar de hechtheid (*'solidity'*) van de sociale, culturele en familiale banden met het land van verblijf en het land van herkomst.<sup>876</sup> In wezen komt dit neer op een beoordeling van de mogelijkheid tot zelfredzaamheid in het land van herkomst. Aldus het Hof: *"S'ajoutent toutefois à ces différents critères, les liens particuliers que ces immigrés ont tissés avec le pays d'accueil où ils ont passé l'essentiel de leur existence. Ils y ont reçu leur éducation, y ont noué la plupart de leurs attaches sociales et y ont donc développé leur identité propre. Nés ou arrivés dans le pays d'accueil du fait de l'émigration de leurs parents, ils y ont le plus souvent leurs principales attaches familiales. Certains de ces immigrés n'ont même conservé avec leurs pays natal que le seul lien de la nationalité."*<sup>877</sup> Voorts wordt ook nagegaan of de verwijderingsmaatregel en het inreisverbod in tijd werden beperkt.<sup>878</sup>

Niettemin, ondanks deze bijzondere aandacht voor deze vreemdelingen die geboren en getogen zijn in de verdragsluitende Staten en de hogere bewijslast die in hoofde van deze Staten wordt gelegd, blijft het principe gelden dat artikel 8 EVRM geen absolute bescherming tegen verwijdering inhoudt. Het Hof herinnert eraan dat *"according to Recommendation Rec(2000)15 of the Committee of Ministers of the Council of Europe, each member state should have the option to provide in its internal law that a long-term immigrant may be expelled if he or she constitutes a serious threat to national security or public safety"*.<sup>879</sup>

<sup>875</sup> EHRM 10 april 2012, nr. 606286/09, *Balogun v. Verenigd Koninkrijk*, par. 46.

<sup>876</sup> EHRM 10 april 2012, nr. 606286/09, *Balogun v. Verenigd Koninkrijk*, par. 48. Zie de tegenstrijdige conclusies in twee zaken die betrekking hebben op twee broers: EHRM 12 januari 2010, nr. 47486/06, *A.W. Khan v. Verenigd Koninkrijk* (schending van artikel 8 EVRM) en EHRM 20 december 2011, nr. 6222/10, *A.H. Khan v. Verenigd Koninkrijk* (geen schending van artikel 8 EVRM). Terwijl de oudere broer regelmatig terugkeerde naar Pakistan voor bezoeken en in Pakistan was getrouwd, was de jongere broer na zijn aankomst in het Verenigd Koninkrijk op driejarige leeftijd nooit meer terug gekeerd naar Pakistan en had hij daar ook geen banden meer.

<sup>877</sup> EHRM 15 juli 2004, nr. 52206/99, *Mokrani v. Frankrijk*, par. 31. Zie EHRM 13 juli 1995, nr. 19465/92, *Nasri v. Frankrijk*, par. 43-46: Ondanks de veroordeling wegens groepsverkrachting, hield het Hof rekening met de uitzonderlijke omstandigheden van de vreemdeling, met name het feit dat hij doofstom was en praktisch analfabeet en bijna heel zijn leven in Frankrijk had doorgebracht met zijn ouders, broers en zussen. In zijn *'dissenting opinion'* ijverde rechter Martens ervoor dat de verwijdering van geïntegreerde vreemdelingen steeds wordt beschouwd als een inmenging in het privéleven van de betrokken vreemdeling. Zie o.m. EHRM 26 maart 1992, nr. 12083/86, *Beldjoudi v. Frankrijk* en EHRM 24 april 1996, nr. 22070/93, *Boughanemi v. Frankrijk*.

<sup>878</sup> EHRM 10 juli 2003, nr. 53441/99, *Benhebbba v. Frankrijk* (schending van artikel 8 EVRM): Het Hof hield rekening met de graad van recidive inzake drugsmisdriven en het feit dat het inreisverbod was beperkt tot een periode van tien jaar.

<sup>879</sup> EHRM 3 juli 2012, nr. 52187/10, *Samsonnikov v. Estland*, par. 90. Ik ga in dit proefschrift niet verder in op de problematiek van de zgn. *'double peine'* en de discussie daaromtrent. In een aantal *'dissenting opinions'* tijdens 1996 en 1997 wezen verschillende rechters van het Hof erop dat geïntegreerde vreemdelingen (die heel hun leven of praktisch heel hun leven in deze verdragsluitende Staat hebben doorgebracht), net zoals nationale onderdanen, niet mogen worden verwijderd, tenzij er zeer uitzonderlijke omstandigheden zouden zijn. Zie bijvoorbeeld de *'dissenting opinion'* van rechter Martens in EHRM 24 april 1996, nr. 22070/93, *Boughanemi v. Frankrijk*; de *'dissenting opinion'* van rechter Foighel in EHRM 26 september 1996, nr. 25613/94, *El Boujaïdi v. Frankrijk*; en de *'dissenting opinions'* van rechters Baka en Van Dijk in EHRM 21 oktober 1997, nr. 25404/94, *Boujlifa v. Frankrijk*. In de zaak *Üner* besloot het Hof echter dat een verwijdering die volgt op een strafrechtelijke veroordeling geen *'double peine'* uitmaakt: *"The Court considers that these principles apply regardless of whether an alien entered the host country as an adult or at a very young age, or was perhaps even born there. In this context the Court refers to Recommendation 1504 (2001) on the non-expulsion of long-term immigrants, in which the Parliamentary Assembly of the Council of Europe recommended that the Committee of Ministers invite member States, inter alia, to guarantee that long-term migrants who were born or raised in the host country cannot be expelled under any circumstances. While a number of Contracting States have enacted legislation or adopted policy rules to the effect that long-term immigrants who were*

Deze vereiste ‘zeer ernstige redenen’ hebben niet enkel betrekking op de aard en ernst van de strafrechtelijke inbreuken die werden gepleegd, maar ook op de sociale banden van de betrokken vreemdeling met zijn land van herkomst. In de zaak *Shala* oordeelde het Hof dat er geen schending van artikel 8 EVRM kon worden vastgesteld.<sup>880</sup> Het Hof hechtte duidelijk veel belang aan het feit dat de vreemdeling, die uit Zwitserland werd verwijderd voor een periode van tien jaar omwille van redenen van openbare orde, nog steeds sterke sociale banden had met Kosovo. Hij keerde vaak terug naar Kosovo tijdens zijn vakanties en wanneer hij werkloos was, en zijn vrouw en haar familie woonden daar. Het Hof meende dat deze sterke sociale banden voldoende bijzondere omstandigheden (*‘circonstances assez exceptionnelles’*) uitmaakten om de verwijdering van de vreemdeling te rechtvaardigen. Het Hof voegde eraan toe: *“A la lumière de ces circonstances, la Cour ne voit pas de raison de remettre en cause les conclusions des instances internes selon lesquelles les coutumes et habitudes en usage au Kosovo étaient encore familières au requérant. Elle ne considère par ailleurs pas complètement dépourvu de fondement l’argument du Gouvernement selon lequel la formation de serrurier qu’il a suivie et accomplie avec succès en Suisse l’aiderait à s’intégrer professionnellement au Kosovo, en dépit de la situation économique difficile.”*<sup>881</sup> Het bijzondere aan de zaak *Shala* is dat de sociale bandenvereiste niet enkel een criterium is dat kan worden gebruikt om de proportionaliteit van een verwijdering te beoordelen maar ook om de noodzakelijkheid van een verwijdering te rechtvaardigen.

338. De leeftijd van de vreemdeling speelt niet enkel een rol in de beoordeling van de hechtheid van de sociale en familiale banden, van belang is ook de leeftijd waarop de inbreuken werden gepleegd, nl. als volwassene of als minderjarige.<sup>882</sup>

---

*born in those States or who arrived there during early childhood cannot be expelled on the basis of their criminal record, such an absolute right not to be expelled cannot, however, be derived from Article 8 of the Convention, couched, as paragraph 2 of that provision is, in terms which clearly allow for exceptions to be made to the general rights guaranteed in the first paragraph. The aforementioned Parliamentary Assembly Recommendation also advocates that long-term immigrants, with the exception of the category referred to in paragraph 55 above, who have committed a criminal offence should be subjected to the same ordinary-law procedures and penalties as are applied to nationals and that the “sanction” of expulsion should be applied only to particularly serious offences affecting State security of which they have been found guilty. The Court considers nevertheless that, even if a non-national holds a very strong residence status and has attained a high degree of integration, his or her position cannot be equated with that of a national when it comes to the above-mentioned power of the Contracting States to expel aliens for one or more of the reasons set out in paragraph 2 of Article 8 of the Convention. It is, moreover, of the view that a decision to revoke a residence permit and/or to impose an exclusion order on a settled migrant following a criminal conviction in respect of which that migrant has been sentenced to a criminal-law penalty does not constitute a double punishment, either for the purposes of Article 4 of Protocol No. 7 or more generally. Contracting States are entitled to take measures in relation to persons who have been convicted of criminal offences in order to protect society – provided, of course, that, to the extent that those measures interfere with the rights guaranteed by Article 8, paragraph 1, of the Convention, they are necessary in a democratic society and proportionate to the aim pursued. Such administrative measures are to be seen as preventive rather than punitive in nature.”* EHRM 18 oktober 2006, nr. 46410/99, *Üner v. Nederland*, par. 55-56. Het Hof nam dezelfde stelling in EHRM 5 oktober 2000, nr. 39652/98, *Maaouia v. Frankrijk*, par. 39. Zie ook I. HUET, “La double peine et la Convention européenne des droits de l’homme”, in P. LAMBERT en C. PETTITI, *Les mesures relatives aux étrangers à l’épreuve de la Convention européenne des droits de l’homme*, Brussel, Bruylant, 2003, 59-74.

<sup>880</sup> EHRM 15 december 2012, nr. 52873/09, *Shala v. Zwitserland*.

<sup>881</sup> EHRM 15 december 2012, nr. 52873/09, *Shala v. Zwitserland*, par. 55. Zie evenwel de *dissenting opinions* van rechters Popovic, Karakas en Pinto de Albuquerque gezien de ‘lichtheid’ van de gepleegde strafrechtelijke inbreuken: *“Si nous mettons en balance la nature des faits reprochés au requérant, la sévérité des peines infligées, sa conduite dans les procédures pénales avant et après le prononcé des ordonnances pénales, nous considérons la sanction de l’expulsion comme choquante.”*

<sup>882</sup> EHRM 23 juni 2008, nr. 1638/03, *Maslov v. Oostenrijk*, par. 72-73. In EHRM 3 juli 2012, nr. 52187/10, *Samsonnikov. v. Estland*, par. 90, oordeelde het Hof dat omwille van de leeftijd van de vreemdeling en de ernst van de strafrechtelijke inbreuken, met name geweldpleging en drugssmokkel, de misdrijven niet als ‘jeugdzondes’ konden worden beschouwd. Zie ook EHRM 22 mei 2008, nr. 42034/04, *Emre v. Zwitserland*, par. 74: *“cet égard, la Cour relève que selon les Nations Unies, l’expérience montre que la délinquance juvénile tend à disparaître chez la plupart des individus avec le passage à l’âge adulte (voir le paragraphe I, 5, e, des principes directeurs des Nations Unies pour la prévention de la délinquance juvénile (Principes directeurs de Riyad), adoptés et proclamés par l’Assemblée générale dans sa résolution 45/112 du 14 décembre 1990).”*

Wanneer strafrechtelijke inbreuken als volwassene worden gepleegd, dan zal artikel 8 EVRM geen bescherming bieden, zelfs als de vreemdeling grotendeels is opgegroeid in de verdragsluitende Staten, indien deze inbreuken als zeer ernstige redenen worden beschouwd om de verwijdering te rechtvaardigen.<sup>883</sup>

Zeernstige redenen die de verwijdering rechtvaardigen zijn des te meer vereist wanneer de inbreuken als minderjarige werden gepleegd. In de zaak *Maslov* oordeelde het Hof dat “*the Court considers that for a settled migrant who has lawfully spent all or the major part of his or her childhood and youth in the host country very serious reasons are required to justify expulsion. This is all the more so where the person concerned committed the offences underlying the expulsion measure as a juvenile.*”<sup>884</sup> Dit betekent dan weer dat zeer ernstige inbreuken, zoals verkrachting, de verwijdering dan ook kunnen rechtvaardigen ook al werden ze gepleegd als minderjarige.<sup>885</sup>

339. Niettemin, het feit dat de vreemdeling een minderjarige was toen hij de inbreuken pleegde, blijft een relevante factor in de beoordeling van de proportionaliteit van de verwijderingsmaatregel.<sup>886</sup>

In die zin hechtte de Grote Kamer van het Hof in de *Maslov*-zaak ook veel belang aan een correcte toepassing van het beginsel van het belang van het kind, zoals neergelegd in artikel 3 VN-Kinderrechtenverdrag. Meer bepaald: “*The Court considers that, where expulsion measures against a juvenile offender are concerned, the obligation to take the best interests of the child into account includes an obligation to facilitate his or her integration. In this connection the Court notes that Article 40 of the Convention on the Rights of the Child makes reintegration an aim to be pursued by the juvenile justice system. In the Court’s view this aim will not be achieved by severing family or social ties through expulsion, which must remain a means of last resort in the case of a juvenile offender.*” Gezien de niet-gewelddadige inbreuken (met één uitzondering) gepleegd door de vreemdeling als een minderjarige, de duur van zijn regelmatig verblijf, zijn familiale, sociale en linguïstische banden met Oostenrijk en het gebrek aan bewezen banden met zijn land van herkomst, alsook de verplichting van de Staat om zijn re-integratie in de samenleving te bevorderen, achtte het Hof de

---

<sup>883</sup> EHRM 10 april 2012, nr. 606286/09, *Balogun v. Verenigd Koninkrijk*, par. 46: Het Hof oordeelde dat de verwijdering van een Nigeriaan die sinds de leeftijd van drie jaar in het Verenigd Koninkrijk verbleef, geen schending uitmaakte van artikel 8 EVRM. Het Hof aanvaardde dat zijn sociale en culturele banden met het Verenigd Koninkrijk hechter waren dan met Nigeria, waar zijn moeder woonde en met wie hij geen contact meer had. Hoewel de vreemdeling een getroebleerde jeugd achter de rug had wegens mishandeling door zijn tante, waardoor hij voornamelijk was opgegroeid in pleeggezinnen, stelde het Hof: “*However, while the Court views with sympathy the circumstances of the applicant’s formative years, the fact remains that he is responsible for his own actions. Particularly in light of the fact that the majority of the applicant’s offences were committed when he was already an adult, the Court finds that the applicant cannot excuse his past criminal conduct by reference to his upbringing.*” Het Hof ontkende niet dat de verwijdering van de vreemdeling naar Nigeria zeer ernstige gevolgen zou hebben voor zijn privéleven en dat er zeer sterke redenen vereist waren om de verwijdering te rechtvaardigen. Gezien zijn geschiedenis van herhaaldelijke drugsgelateerde misdrijven en het feit dat het merendeel daarvan werd gepleegd als volwassene, meende het Hof dat de verwijdering echter niet disproportioneel zou zijn. In zijn *separate opinion* wijst rechter Gaetano er dan ook op dat artikel 8 EVRM geen absolute bescherming biedt tegen verwijdering, ook niet voor vreemdelingen die geboren zijn in de verdragsluitende Staat of daar waar ze het grootste deel van hun kindertijd hebben doorgebracht: “*Article 8 should not be construed as an automatic safety valve for overriding immigration control on general (as opposed to specific and compelling) compassionate grounds or where there would be some harshness resulting from removal.*” Zie echter ook de gezamenlijke *dissenting opinion* van rechters Garlicki en Björgvinsson.

<sup>884</sup> EHRM 20 september 2011, nr. 8000/08, *A.A. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 60 en EHRM 23 juni 2008, nr. 1638/03, *Maslov v. Oostenrijk*, par. 75.

<sup>885</sup> In EHRM 29 januari 1997, nr. 23078/93, *Bouchelkia v. Frankrijk*, oordeelde het Hof dat een verwijderingsmaatregel geen schending inhield van artikel 8 EVRM, gezien de verkrachting met verzwarende omstandigheden die de vreemdeling had gepleegd op 17-jarige leeftijd. Ook in EHRM 22 januari 2007, nr. 20730, *Kilic v. Denemarken* (onontvankelijkheidsbeslissing), verklaarde het Hof het verzoek onontvankelijk omdat de minderjarige vreemdeling feiten had gepleegd van diefstal, zware geweldpleging en doodslag.

<sup>886</sup> EHRM 20 september 2011, nr. 8000/08, *A.A. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 60.

verwijderingsmaatregel niet proportioneel met het nagestreefde wettelijk doel en dus ook niet noodzakelijk in een democratische samenleving.<sup>887</sup>

#### b.) Inmenging omwille van andere redenen

340. Wanneer een (echt)scheiding een einde maakt aan de voortzetting van een regelmatig verblijf van een vreemdeling en een verwijderingsmaatregel wordt genomen, dan hecht het Hof een zeker belang aan het behoud van de ouderlijke band tussen de vreemdeling en zijn minderjarig kind. Het EVRM verbiedt Staten niet om de binnenkomst en de duur van het verblijf van vreemdelingen te regelen en het Hof zal ook geen oordeel vellen over het migratiebeleid van de Staten. Het Hof zal wel onderzoeken of de verwijdering een noodzakelijke en proportionele inmenging uitmaakt. Het heeft daarbij dus oog voor het gemeenschappelijk belang van de betrokken vreemdeling en zijn kind om hun gezinsrelatie te kunnen verderzetten (eenheid van het gezin).

In de zaak *Berrehab* oordeelde het Hof dat een verwijdering in dit geval disproportioneel was met het nagestreefde doel, m.n. de openbare veiligheid en het economisch welzijn. Het Hof achtte het relevant dat de vreemdeling werd verwijderd als gevolg van zijn scheiding, en niet als gevolg van strafbare feiten. De vreemdeling verbleef bovendien reeds langere tijd op regelmatige basis in Nederland, bezat daar een huis en had een job. Daarnaast onderhield de vreemdeling, gedurende verschillende jaren, zeer nauwe banden met zijn dochtertje en een verwijdering zou de continuïteit in het onderhouden van deze banden kunnen verbreken. Doorslaggevend was de ernstige impact van de verwijdering op het gezinsleven, aangezien de dochter, wegens haar zeer jonge leeftijd, in contact diende te blijven met haar vader.<sup>888</sup>

In de zaak *Ciliz* verduidelijkte het Hof dat scheidingszaken waar minderjarige kinderen bij betrokken zijn, aanleiding kunnen geven tot twee soorten van verplichtingen: “*on the one hand, a positive obligation to ensure that family life between parents and children can continue after divorce, and, on the other, a negative obligation to refrain from measures which cause family ties to rupture*”.<sup>889</sup> Het Hof veroordeelde het feit dat hoewel er gelijktijdig een procedure liep om bezoekrecht te verkrijgen, de overheden vooruitliepen op de uitkomst van deze procedure door de vreemdeling te verwijderen. Bovendien ontzegden de overheden daardoor elke mogelijkheid tot een verdere zinvolle betrokkenheid in die procedure, aangezien de beschikbaarheid van de betrokkene tijdens de zgn. gesuperviseerde ‘test’-bezoeken van cruciaal belang was. Door het falen van de overheden om de verschillende procedures te coördineren die betrekking hadden op de gezinsrechten van de vreemdeling, stelde het Hof dat de overheden niet hadden gehandeld op een wijze die toeliet om gezinsbanden met zijn zoon te ontwikkelen na de scheiding. Bijgevolg besloot het Hof dat “*the*

---

<sup>887</sup> EHRM 23 juni 2008, nr. 1638/03, *Maslov v. Oostenrijk*, par. 82-83 en 100. Zie ook EHRM 20 september 2011, nr. 8000/08, *A.A. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 68: Waar verwijdering tot doel heeft om misdrijven te voorkomen, moet rekening worden gehouden met de tijd die verlopen is sinds de inbreuk werd gepleegd en het gedrag van de vreemdeling tijdens die periode. Hoewel de vreemdeling als minderjarige een ernstige inbreuk heeft gepleegd, stelt het Hof vast dat sindsdien, reeds zeven jaar geleden, de vreemdeling zich voorbeeldig heeft gedragen en lovenswaardige inspanningen heeft geleverd om zich te rehabiliteren en te re-integreren in de maatschappij. De VK-regering toonde niet aan dat redelijkerwijze kon worden verwacht dat de vreemdeling nog verdere inbreuken zou plegen. Het Hof oordeelde dat de verwijdering van de vreemdeling disproportioneel zou zijn met het wettelijk doel van het voorkomen van wanorde en misdaad en dus niet noodzakelijk is in een democratische samenleving. Zie gelijkaardige feiten in EHRM 22 april 2004, nr. 42703/98, *Radovanovic v. Oostenrijk*, par. 34-38, waar het Hof voornamelijk struikelde over het feit dat de verwijderingsmaatregel en het bijhorend inreisverbod onbeperkt waren in tijd, en EHRM 6 februari 2003, nr. 36757/97, *Jakupovic v. Oostenrijk*, par. 28-29, waar het Hof zwaar tilde aan het feit dat de minderjarige zou worden verwijderd naar Bosnië-Herzegovina, een land waar juist een gewapend conflict had plaatsgevonden, met negatieve effecten op de leefomstandigheden, en ook het feit dat er geen bewijs bestond dat hij nauwe familieverbanden had in dat land.

<sup>888</sup> EHRM 21 juni 1988, nr. 10730/84, *Berrehab v. Nederland*, par. 29.

<sup>889</sup> EHRM 11 juli 2000, nr. 29192/95, *Ciliz v. Nederland*, par. 62.

*decision-making process concerning both the question of the applicant's expulsion and the question of access did not afford the requisite protection of the applicant's interests as safeguarded by Article 8.*<sup>890</sup> De inmenging was daarom niet noodzakelijk in een democratische samenleving.

341. In de bijzondere zaak *Slivenko* onderzocht het Hof de verwijdering van langdurig verblijvende vreemdelingen louter in het licht van hun privéleven. Het betrof meer bepaald de verwijdering uit Letland van een moeder en een dochter, naar aanleiding van het afsluiten van een verdrag met Rusland betreffende de terugtrekking van de Russische strijdkrachten uit Letland. De moeder, van Russische afkomst, was als baby met haar ouders, vroegere USSR-burgers, naar Letland verhuisd in het kader van de militaire loopbaan van haar vader. Ze trouwde daar met een andere USSR-militair en beviel er van een dochter. De ouders van de moeder verbleven nog steeds in Letland op een permanente basis en waren ondertussen geregistreerd als 'ex-USSR-burgers'. De moeder en de dochter voerden aan dat de verwijderingsmaatregel in strijd was met hun recht op gezinsleven en privéleven aangezien ze Letland als hun moederland beschouwden en daar vele jaren hadden geleefd. Het Hof oordeelde dat de verwijderingsmaatregel niet tot gevolg had dat de gezinsbanden werden verbroken, omdat de verwijderingsmaatregel betrekking had op alle drie de personen (moeder, dochter én vader) en er onder het EVRM geen recht bestaat om te kiezen in welk land ze hun gezinsleven verderzetten. Wat betreft de ouders van de moeder, vond het Hof geen voldoende bewijzen van afhankelijkheid. Anderzijds stelde het Hof dat de verzoekers tijdens hun jarenlang verblijf effectief een netwerk van persoonlijke, sociale en economische banden hadden uitgebouwd in Letland en dat de verwijdering dus een inmenging uitmaakte in hun privéleven. Het Hof oordeelde dat het verdrag zelf niet in strijd was met artikel 8 EVRM en dat de verwijdering had plaatsgevonden 'in overeenstemming met de wet', alsook een legitiem doel nastreefde, in het bijzonder het beschermen van de belangen van de nationale veiligheid na de onafhankelijkheid van Letland in 1991. Wel meende het Hof dat de Letse overheid artikel 8 EVRM had geschonden door geen rekening te houden met de bijzondere en individuele omstandigheden van de vreemdelingen. De vreemdelingen waren volgens het Hof voldoende geïntegreerd in de Letse samenleving. Voorts aanvaardde het Hof niet dat de moeder en de dochter werden aanzien als een gevaar voor de nationale veiligheid van Letland. Het Hof besloot dat de Letse overheden hun beleids marge hadden overschreden en geen billijke afweging hadden gemaakt tussen het wettelijk doel van de nationale veiligheid en de bescherming van de rechten van moeder en dochter onder artikel 8 EVRM.<sup>891</sup>

---

<sup>890</sup> EHRM 11 juli 2000, nr. 29192/95, *Ciliz v. Nederland*, par. 72.

<sup>891</sup> EHRM 9 oktober 2003, Grote Kamer, nr. 48321/99, *Slivenko v. Letland*, par. 93-129: In een afwijkende mening gaven zes rechters echter aan dat het Hof te weinig rekening had gehouden met de persoonlijke banden van de moeder en de dochter met Rusland. Ze waren van Russische afkomst, hadden ondertussen ook de Russische nationaliteit verworven, spraken Russisch, hadden in Letland onderwijs genoten in Russischtalige instellingen. De vader van de dochter was ondertussen naar Rusland verhuisd, er was accommodatie voorzien voor moeder en dochter in Rusland en het was niet bewezen dat ze in Rusland onmogelijk persoonlijk, economische of onderwijsgerichte activiteiten hadden kunnen ontwikkelen. Aldus meenden deze zes rechters dat hun banden met Rusland even sterk waren als hun banden met Letland. Bovendien moest rekening worden gehouden met de bijzondere context van de terugtrekking van de Russische strijdkrachten na 50 jaar bezetting in Letland.

C. De weigering van de toelating tot verblijf op het grondgebied ('admission cases') : positieve verplichting?

342. Een tweede situatie betreft de omstandigheid waarin de vreemdeling een binnenkomst tot het grondgebied of een (eerste) toelating tot verblijf wordt geweigerd. Dit kan naar aanleiding van gezinshereniging of gezinsvorming zijn<sup>892</sup>, maar ook naar aanleiding van een gezinsleven of privéleven dat werd ontwikkeld tijdens een onregelmatig/illegaal verblijf. Deze situaties maken volgens het Hof geen inmenging uit van het gezinsleven of privéleven en dienen niet volgens artikel 8, lid 2, EVRM te worden getoetst. Eerder betreffen deze situaties de vraag of de verdragsluitende Staat op basis van artikel 8, lid 1, EVRM de positieve verplichting heeft om de vreemdeling op het grondgebied toe te laten en/of er te laten verblijven zodat een gezinsleven of privéleven (verder) kan worden uitgeoefend op het grondgebied van die Staat (de zgn. 'admission cases').

343. Situaties waarin de toelating tot verblijf wordt gevraagd omwille van een gezinsleven of privéleven, omvatten dus twee aspecten: gezins- of privéleven en immigratie. Dit doet meteen vragen rijzen omtrent de omvang van een eventuele positieve verplichting in hoofde van de Staat. Om de omvang van eventuele positieve verplichtingen vast te stellen, onderzoekt het Hof de feiten van een individu aan de hand van volgende beginselen:

(a) *"the extent of a State's obligation to admit to its territory relatives of settled immigrants will vary according to the particular circumstances of the persons involved and the general interest;*

(b) *as a matter of well-established international law and subject to its treaty obligations, a State has the right to control the entry of non-nationals into its territory;*

(c) *where immigration is concerned, Article 8 (art. 8) cannot be considered to impose on a State a general obligation to respect the choice by married couples of the country of their matrimonial residence and to authorise family reunion in its territory"*<sup>893</sup>

344. Ik beperk me in dit proefschrift tot die gevallen waarin een vreemdeling zich reeds op het grondgebied bevindt op basis van een precair, onregelmatig of illegaal verblijf, en omwille van zijn gezinsleven of privéleven, om een toelating tot verblijf op het grondgebied verzoekt.<sup>894</sup>

---

<sup>892</sup> Zoals eerder vermeld, stelde het Hof dat de vooronderstelling dat een gezinsleven bestaat *"does not mean that all intended family life falls entirely outside its ambit."* Zie EHRM 28 mei 1985, nrs. 9214/80, 9473/81 en 9474/81, *Abdulaziz, Cabales en Balkandali v. Verenigd Koninkrijk*, par. 62.

<sup>893</sup> EHRM 28 mei 1985, nrs. 9214/80, 9473/81 en 9474/81, *Abdulaziz, Cabales en Balkandali v. Verenigd Koninkrijk*, par. 67; EHRM 28 november 1996, nr. 21702/93, *Ahmut v. Nederland*, par. 67 en 71: *"Article 8 does not guarantee a right to choose the most suitable place to develop family life."* Zie ook EHRM 19 februari 1996, nr. 23218/94, *Gül v. Zwitserland*, par. 38; EHRM 30 juli 2013, nr. 948/12, *Berisha v. Zwitserland*, par. 49.

<sup>894</sup> Ik behandel dus niet die situaties waarin een vreemdeling die zich buiten een verdragsluitende Staat bevindt, toegang zoekt tot het grondgebied met oog op een gezinshereniging of gezinsvorming. Het betreft hier meer bepaald gevallen waar een positieve verplichting in hoofde van de verdragsluitende Staat om gezinsleden van een vreemdeling op het grondgebied toe te laten, kan worden vastgesteld. Het Hof heeft zich reeds gebogen over een aantal zaken waarin ouders die hun kinderen hadden achtergelaten in het land van herkomst, een gezinshereniging met deze kinderen in het gastland geweigerd zagen. Het Hof stelt daaromtrent als beginsel dat van ouders die hun kinderen achterlaten in het land van herkomst, niet kan worden verondersteld dat zij onherroepelijk hebben besloten dat deze kinderen permanent in het land van herkomst moeten blijven en dat zij het idee van een eventuele gezinshereniging in de toekomst hebben opgegeven. Ter illustratie, zie EHRM 19 februari 1996, nr. 23218/94, *Gül v. Zwitserland*: Het Hof onderzocht de vraag of de verhuis van een minderjarige zoon naar Zwitserland de enige manier was om een gezinsleven te ontwikkelen met zijn Turkse vader die op basis van een humanitaire verblijfsvergunning in Zwitserland verbleef, dit werd negatief beantwoord. Zie ook EHRM 28 november 1996, nr. 21702/93, *Ahmut v. Nederland*: Een zoon heeft sterke banden met Marokko en er zijn geen hinderpalen voor zijn vader in Nederland om terug te keren naar Marokko en daar een gezinsleven uit te bouwen. Deze hereniging betekende geen schending. Zie ook de verschillende *'dissenting opinions'* in de zaken *Gül* en *Ahmut*. Een aantal zaken m.b.t. geweigerde aanvragen tot gezinshereniging werden onontvankelijk verklaard omdat de betrokken kinderen in tussentijd een leeftijd hadden bereikt waarvan kon worden vermoed dat zij niet meer dezelfde nood aan zorg hebben als jonge kinderen en dat zij in toenemende mate in staat waren om voor zichzelf te zorgen. Het Hof onderzocht ook de culturele en linguïstische verbanden met het land van herkomst, of zij nog andere familieleden daar hadden en of kon

345. Om een eventuele positieve verplichting van de Staat vast te stellen en het eventuele falen van de Staat om deze verplichting na te leven, zullen de feiten van het geval in kwestie worden onderzocht. Ook hier zal worden nagegaan of er sprake is van een ‘gezinsleven’ of ‘privéleven’. Het Hof zal vervolgens nagaan of een Staat, binnen de beleidsmarge, een billijke afweging heeft gemaakt tussen de belangen van het individu en de belangen van de samenleving. Het Hof zal hierbij steeds herhalen dat verdragsluitende Staten gerechtigd zijn tot migratiecontrole en dat artikel 8 EVRM in wezen geen recht waarborgt om de meeste geschikte plaats te kiezen voor de ontwikkeling van een gezinsleven<sup>895</sup> of privéleven, noch het recht voor een vreemdeling om een bepaald land binnen te komen en er te verblijven.<sup>896</sup> Er is in beginsel geen verplichting voor een Staat om de keuze van de woonplaats van de vreemdelingen te respecteren en het verblijf op basis van een bestaand gezinsleven of privéleven op het grondgebied goed te keuren.

346. Elementen die in het kader van een billijke afweging in rekening worden genomen zijn de mate waarin het gezinsleven daadwerkelijk wordt verbroken, de omvang van de banden in de verdragsluitende Staat, alsook de aanwezigheid van onoverkomelijke hinderpalen die verhinderen dat het gezinsleven elders normaal en effectief wordt voorgezet.<sup>897</sup> Concrete factoren waarmee rekening wordt gehouden, zijn de beantwoording van de vraag of het voor

---

worden verwacht van de ouders dat zij terugkeerden naar hun land van oorsprong. Zie EHRM 25 maart 2001, nr. 41226/98, *I.M. v. Nederland* (onontvankelijkheidsbeslissing), EHRM 5 april 2005, nr. 43786/04, *Benemar v. Nederland* (onontvankelijkheidsbeslissing) en EHRM 13 mei 2003, nr. 53102/99, *Chandra e.a. v. Nederland* (onontvankelijkheidsbeslissing). Daarentegen, in EHRM 21 december 2001, nr. 31465/96, *Sen v. Nederland*, oordeelde het Hof dat de weigering om een dochter toe te laten op het Nederlandse grondgebied om zich met haar ouders te herenigen, wel een schending uitmaakte van artikel 8 EVRM. De ouders hadden een onbeperkte verblijfsvergunning in Nederland verworven, waar twee dochters waren geboren die opgevoed en onderwezen werden in Nederland en geen banden hadden met Turkije. Volgens het Hof waren er te veel obstakels voor het gezin om terug te keren naar Turkije en daar het gezinsleven verder te zetten (o.m. inzake de voortzetting van de scholing van de kinderen in Nederland). Zie ook EHRM 1 december 2005, nr. 60665/00, *Tuquabo-Tekle e.a. v. Nederland*, waar het Hof eveneens een schending van artikel 8 EVRM vaststelde en meende dat de beste manier om het gezinsleven te ontwikkelen erin bestond om de dochter uit Eritrea te laten overkomen naar Nederland, waar haar ouders en broers en zussen zich bevonden, daar zij door haar grootmoeder werd opgevoed, maar van school was gehaald en ondertussen een leeftijd had bereikt dat zij kon worden uitgehuwelijkt, ondanks haar minderjarigheid. In EHRM 20 oktober 2005, nr. 8876/04, *Haydarie v. Nederland* (onontvankelijkheidsbeslissing) voegde het Hof er aan toe: “*The Court notes in this context, however, that due consideration should be given to cases where a parent has achieved settled status in a country and wants to be reunited with his or her children who, for the time being, have been left behind in their country of origin or a third country, and that it may be unreasonable to force the parent to choose between giving up the position which he or she has acquired in the country of settlement or to renounce the mutual enjoyment by parent and child of each other’s company which constitutes a fundamental element of family life. The issue must therefore be examined not only from the point of view of immigration and residence, but also with regard to the mutual interests of the applicants.*” In casu, beweerde de moeder, die in Nederland, verbleef dat het opleggen van een inkomensvereiste als voorwaarde voor het verkrijgen van verblijfsvergunningen voor haar kinderen, achtergebleven in Pakistan, een onredelijke voorwaarde was om gezinshereniging te bekomen. Het Hof oordeelde dat “*In principle, the Court does not consider unreasonable a requirement that an alien who seeks family reunion must demonstrate that he/she has sufficient independent and lasting income, not being welfare benefits, to provide for the basic costs of subsistence of his or her family members with whom reunion is sought.*” In dit geval meende het Hof dat de moeder niet had aangetoond dat ze actief naar werk had gezocht – de Nederlandse overheid had hier een billijke afweging gemaakt.

<sup>895</sup> EHRM 5 september 2000, nr. 39003/97, *Knel en Veira v. Nederland* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>896</sup> EHRM 31 juli 2008, nr. 265/07, *Darren Omoregie v. Noorwegen*, par. 54.

<sup>897</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM 22 juni 1999, nr. 27663/95, *Ajayi v. Verenigd Koninkrijk* (onontvankelijkheidsbeslissing): “*The Court further observes that the children were of an adaptable age at the time at which the order was to be enforced. Nor are the problems adverted to with respect to the loss of advantages in moving from the United Kingdom shown to be of such a nature or degree as to impinge on respect for family life.*” In de zaak *Nacic* oordeelde het Hof dat de actuele gezondheidstoestand van de zoon geen onoverkomelijke hinderpaal was om zich bij zijn gezinsleden te voegen bij hun terugkeer naar het land van herkomst. Ook zijn Roma-afkomst was geen hinderpaal. Het Hof merkte op dat er verwijzingen werden gemaakt naar de algemene moeilijkheden van Roma in Kosovo en Servië, inclusief hun toegang tot medische zorg. Evenwel oordeelde het Hof dat de algemene toestand in Kosovo en Servië niet voldoende was om te besluiten dat personen van Roma-afkomst daar niet kunnen naar worden teruggestuurd. Met betrekking tot hun persoonlijke omstandigheden, stelde de Raad vast dat ze tijdens hun verblijf in Kosovo voornamelijk in Servische wijken leefden en geen contact hadden met andere Roma noch Romani spraken. Bovendien waren zij niet blootgesteld geweest aan discriminatie of vervolging. Het Hof besloot dat hun Roma-afkomst geenszins zulke gevolgen zou hebben dat hun rechten onder het EVRM niet zouden zijn gewaarborgd bij terugkeer naar Kosovo of Servië. Zie EHRM 15 mei 2012, nr. 16567/10, *Nacic e.a. v. Zweden*, par. 84 e.v.

de betrokkene en zijn gezinsleden (on)mogelijk is een familieleven te leiden in het land van oorsprong, het al dan niet absoluut karakter van de verwijdering, de situatie in het land van herkomst, de leeftijd, de afhankelijkheid van de familie, enz. Zolang er geen onoverkomelijke hinderpalen kunnen worden vastgesteld voor het leiden van een gezinsleven elders, zal er geen sprake zijn van een schending onder artikel 8 EVRM of enige positieve verplichting.

Deze elementen worden afgewogen tegen eventuele elementen van immigratiecontrole (bijvoorbeeld een geschiedenis van inbreuken op de immigratiewetgeving) of overwegingen inzake de nationale of openbare veiligheid.<sup>898</sup> Waar overwegingen van openbare veiligheid een rol spelen, zal het Hof eveneens de zgn. Boultif/Üner-criteria toepassen.<sup>899</sup> Inzake het plegen van ernstige of herhaaldelijke schendingen van de immigratiewetgeving, heeft het Hof verschillende malen gesteld dat *“the possibility for the authorities to react with expulsion would constitute an important means of general deterrence against gross or repeated violations of the Immigration Act. In the Court’s view, a scheme of implementation of national immigration law which, as here, is based on administrative sanctions in the form of expulsion does not as such raise an issue of failure to comply with Article 8 of the Convention. Against this background, the applicant’s argument to the effect that the public interest in an expulsion would be preponderant only in instances where the person concerned has been convicted of a criminal offence, be it serious or not, must be rejected.”*<sup>900</sup>

347. Een ander belangrijk punt waarmee rekening wordt gehouden is de verblijfsgeschiedenis van de vreemdeling tijdens de periode dat het gezins- en/of privéleven werd ontwikkeld. Het Hof toont zich zeer terughoudend t.a.v. vreemdelingen die tijdens een illegaal of precair verblijf een relatie hebben aangegaan of een gezinsleven hebben opgebouwd. Aangezien de betrokken personen zich bewust dienen te zijn van het feit dat de verblijfsstatus van een van hen van die aard was dat het voortbestaan van dat gezinsleven op het grondgebied van de verdragsluitende Staat van bij de aanvang precair is<sup>901</sup>, is er volgens het Hof dan ook in beginsel geen aanleiding tot een gerechtigde verwachting van een toelating tot verblijf en de bescherming tegen verwijdering onder artikel 8 EVRM.<sup>902</sup> Vaak zal het Hof er eveneens op wijzen dat een tijdelijke scheiding met het oog op het vervullen van de noodzakelijke formaliteiten ter voldoening van de wettelijke bepalingen, het gezinsleven van een vreemdeling niet in die mate verstoort dat er sprake is van een schending van artikel 8 EVRM. Staten hebben het recht om van vreemdelingen die een verblijfsrecht of verblijfsmachtiging wensen op hun grondgebied, te vereisen dat zij een passende aanvraag indienen in het buitenland. Staten hebben geen verplichting om vreemdelingen het resultaat van de behandeling van hun aanvraag op hun grondgebied te laten afwachten.<sup>903</sup> Het Hof vermeldt herhaaldelijk dat moderne communicatiemiddelen een vreemdeling in staat kunnen stellen

---

<sup>898</sup> EHRM 31 juli 2008, nr. 265/07, *Darren Omoregie v. Noorwegen*, par. 57.

<sup>899</sup> EHRM 17 april 2014, nr. 41738/10, *Paposhvili v. België*, par. 138 en 141.

<sup>900</sup> EHRM 31 juli 2008, nr. 265/07, *Darren Omoregie v. Noorwegen*, par. 67; EHRM 6 november 2001, nr. 44947/98, *Kaya v. Nederland* (onontvankelijkheidsbeslissing); EHRM 28 juni 2011, nr. 55597/09, *Núñez v. Noorwegen*, par. 71 en EHRM 14 februari 2012, nr. 26940/10, *Antwi e.a. v. Noorwegen*, par. 90.

<sup>901</sup> EHRM 31 juli 2008, nr. 265/07, *Darren Omoregie v. Noorwegen*, par. 57; EHRM 26 april 2007, nr. 16351/03, *Konstadinov v. Nederland*, par. 49. Zie ook EHRM 28 mei 1985, nrs. 9214/80, 9473/81 en 9474/81, *Abdulaziz, Cabales en Balkandali v. Verenigd Koninkrijk*, par. 68; EHRM 26 januari 1999, nr. 43279/98, *Jerry Olajide Sarumi v. Verenigd Koninkrijk* (onontvankelijkheidsbeslissing); EHRM 22 mei 1999, nr. 50065/99, *Andrey Sheabashov v. Letland* (onontvankelijkheidsbeslissing); EHRM 28 juni 2011, nr. 55597/09, *Núñez v. Noorwegen*, par. 70; EHRM 4 december 2012, nr. 47017/09, *Butt v. Noorwegen*, par. 70. EHRM 17 april 2014, nr. 41738/10, *Paposhvili v. België*, par. 149.

<sup>902</sup> EHRM 5 september 2000, nr. 44328/98, *Solomon v. Nederland* (onontvankelijkheidsbeslissing): Een afgewezen asielzoeker *“could not at any time reasonably expect to be able to continue his familie life in the Netherlands”*.

<sup>903</sup> EHRM, 9 oktober 2012, nr. 33917/12, *Djokaba Lambi Longa v. Nederland*, par. 81; en EHRM, 3 oktober 2014, nr. 12738/10, *Jeunesse v. Nederland*, par. 101.



om tijdens een korte scheiding in nauw contact te blijven met zijn gezin en het gezinsleven verder te onderhouden.<sup>904</sup>

Het Hof toont zich nog terughoudender t.a.v. vreemdelingen die tijdens een illegaal en/of precair verblijf een privéleven opbouwen. In de regel zal het Hof oordelen dat eender welk privéleven dat is opgebouwd tijdens een precair, onregelmatig en/of illegaal verblijf, bij het afwegen van het legitieme publieke belang in een effectieve immigratiecontrole, niet tot gevolg zou hebben dat de verwijdering een disproportionele inmenging uitmaakt in het privéleven van de betrokken vreemdeling.<sup>905</sup>

Waar tijdens een illegaal of precair verblijf, de vreemdeling zich bovendien schuldig maakt aan strafbare feiten, zal de verblijfsaanvraag aan gegrondheid inboeten en kan de vreemdeling redelijkerwijze niet verwachten dat een privé-of gezinsleven kan worden ontwikkeld en verder gezet in de ontvangende verdragsluitende Staat.<sup>906</sup>

348. In zaken die gezinshereniging of de éénheid van het gezin betreffen, besteedt het Hof dan ook bijzondere aandacht aan de omstandigheden van de betrokken minderjarige kinderen, met name hun leeftijd, hun situatie in het land van herkomst en de mate waarin zij afhankelijk zijn van hun ouders.<sup>907</sup> Een andere fundamentele kwestie voor het Hof is de vraag naar het aanpassingsvermogen van kinderen, met name de vraag of de betrokken kinderen van een leeftijd dat zij zich nog aan een verschillende en andere omgeving kunnen aanpassen.<sup>908</sup>

Voorts benadrukt het Hof in zijn rechtspraak dat er een brede consensus bestaat, inclusief in het internationaal recht, ter ondersteuning van het idee dat in alle beslissingen die kinderen betreffen, rekening moet worden gehouden met het belang van de betrokken kinderen. Het belang van het kind wordt door het EHRM gezien als de hoogste ('paramount') overweging:

*"135. The Court notes that there is currently a broad consensus – including in international law – in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests must be paramount (see (...) in particular Article 24 § 2 of the European Union's Charter of Fundamental Rights). As indicated, for example, in the Charter, "[e]very child shall have the right to maintain on a regular basis a personal relationship and direct contact with both his or her parents, unless that is contrary to his or her interests".*

*136. The child's interest comprises two limbs. On the one hand, it dictates that the child's ties with its family must be maintained, except in cases where the family has proved particularly unfit. It follows that family ties may only be severed in very exceptional circumstances and that everything must be done to preserve personal relations and, if and when appropriate, to "rebuild" the family (...). On the other hand, it is clearly also in the child's interest to ensure its development in a sound environment, and a parent cannot be entitled under Article 8 to have such measures taken as would harm the child's health and development (see, among many other authorities, Elsholz v. Germany [GC], no. 25735/94 § 50, ECHR 2000 - VIII, and Maršálek v. the Czech Republic, no. 8153/04 § 71, 4 April 2006)."*<sup>909</sup>

Dit betekent dat nationale overheden, in situaties die betrekking hebben op gezinnen of families, in hun beoordeling van het beginsel van proportionaliteit en in hun belangafweging onder artikel 8 EVRM, rekening moet houden met het belang van het kind. Dit beginsel van

---

<sup>904</sup> EHRM 26 juni 2014, nr. 71398/12, *M.E. v. Zweden*, par. 100.

<sup>905</sup> EHRM 8 april 2008, nr. 21878/06, *Nyanzi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 76: Hoewel de verzoekster reeds tien jaar in het Verenigd Koninkrijk verbleef, stelde het Hof vast dat haar verblijf steeds precair was geweest aangezien ze daar verbleef terwijl ze de uitkomsten van haar asielaanvragen en de zgn. 'human rights claims' afwachtte.

<sup>906</sup> EHRM 17 april 2014, nr. 41738/10, *Paposhvili v. België*, par. 150.

<sup>907</sup> EHRM 1 december 2005, nr. 60665/00, *Tuquabo-Tekle e.a. v. Nederland*, par. 44.

<sup>908</sup> EHRM 31 juli 2008, nr. 265/07, *Darren Omoregie v. Noorwegen*, par. 66; EHRM 3 november 2011, nr. 28770/05, *Arvelo Aponte v. Nederland*, par. 60.

<sup>909</sup> EHRM 30 juli 2013, nr. 948/12, *Berisha v. Zwitserland*, par. 51 met verwijzing naar EHRM, Grote Kamer, 6 juli 2010, nr. 41615/07, *Neulinger en Shuruk v. Zwitserland*, par. 135.

het belang van het kind wordt aanzien als een determinerende overweging<sup>910</sup> die twee aspecten omvat, m.n. (i) het behouden van de gezinsbanden en (ii) de ontwikkeling van het kind in een gezonde omgeving.

Tenslotte moet worden opgemerkt dat het Hof in zulke gevallen minder belang hecht aan de nationaliteit van de kinderen, ook niet als ze de nationaliteit van een verdragsluitende Staat bezitten. Zo verduidelijkte het Hof: *“While the applicant has argued that weight should be given to her British citizenship, the Commission notes that in previous cases the factor of the citizenship has not been considered of particular significance (eg. No. 11970/86, dec. 13.7.87, unpublished, where the Commission found it compatible with Article 8 (Art. 8) to expect children of unlawful overstayers to follow their parents even if they had acquired theoretical rights of abode in the deporting country). While, as the applicant points out, the children in that case had obtained British citizenship by ius soli whereas she derived her citizenship by ius sanguinis through her British father, the Commission does not find that to be a material distinction where the child nonetheless is of an adaptable age and there are no effective obstacles to her accompanying her mother.”*<sup>911</sup>

349. Wanneer er dus sprake is van een gezins- en/of privéleven dat tijdens een illegaal of precair verblijf werd ontwikkeld, zal er slechts in *zeer uitzonderlijke gevallen* (*‘most exceptional cases’*) worden geoordeeld dat er een schending is van artikel 8 EVRM en dat er aanleiding is tot het vaststellen van een positieve verplichting in hoofde van de verdragsluitende Staat.<sup>912</sup> Hieronder worden een aantal zaken besproken die illustreren wat het Hof al dan niet als ‘uitzonderlijke gevallen’ ervaart.

De zaak *Useinov* betrof een man uit Macedonië (FYROM) die een relatie was aangegaan in Nederland tijdens de behandeling van zijn asielaanvraag en waaruit twee kinderen waren voortgekomen. De relatie was ondertussen beëindigd, zijn asielaanvraag afgewezen alsook zijn aanvraag van verblijf om een gezinsleven met zijn kinderen te ontwikkelen. Het Hof betwiste niet dat de man een actieve rol speelt in de opvoeding van zijn kinderen, maar tilde zwaar aan het feit dat het verblijf van de man voor het grootste deel precair was geweest alsook onregelmatig. *“The Court is aware that, where Contracting States tolerate the presence of aliens in their territory while the latter await a decision on an application for a residence permit, this enables the persons concerned to take part in the host country’s society and to form relationships and to create a family there. However, as set out above, this does not entail that the authorities of the Contracting State involved are, as a result, under an obligation pursuant to Article 8 of the Convention to allow the alien concerned to settle in their country. In this context a parallel may be drawn with the situation where a person who, without complying with the regulations in force, confronts the authorities of a Contracting State with his or her presence in the country as a fait accompli. The Court has previously held that, in general, persons in that situation have no entitlement to expect that a right of residence will be conferred upon them (see Chandra and Others v. the Netherlands (dec.), no. 53102/99, 13 May 2003).”*<sup>913</sup> De man had nooit garanties gekregen dat hem een verblijfsrecht zou worden toegekend en hij kon dus ook niet redelijkerwijze verwachten dat het mogelijk zou zijn om zijn gezinsleven verder te zetten in Nederland. Bovendien stelde het

---

<sup>910</sup> EHRM 17 april 2014, nr. 41738/10, *Paposhvili v. België*, par. 144.

<sup>911</sup> EHRM 23 oktober 1995, nr. 23938/94, *Sorabjee v. Verenigd Koninkrijk* (onontvankelijkheidsbeslissing). Vergelijk hiermee de rechtspraak van het Hof van Justitie dat belang hecht aan het EU-burgerschap, met name in de zaak HvJ 8 maart 2011, C-34/09, *Ruiz Zambrano*.

<sup>912</sup> EHRM 31 januari 2006, nr. 50435/99, *Rodrigues Da Silva en Hoogkamer v. Nederland*, par. 39. Zie ook EHRM 28 mei 1985, nrs. 9214/80, 9473/81 en 9474/81, *Abdulaziz, Cabales en Balkandali v. Verenigd Koninkrijk*, par. 68; EHRM 24 november 1998, *Mitchell v. Verenigd Koninkrijk* (onontvankelijkheidsbeslissing) en EHRM 14 februari 2012, nr. 26940/10, *Antwi e.a. v. Noorwegen*, par. 70.

<sup>913</sup> EHRM 11 april 2006, nr. 61292/00, *Useinov v. Nederland* (onontvankelijkheidsbeslissing).

Hof geen uitzonderlijke omstandigheden vast: de man had nog steeds banden met FYROM, waar hij was opgegroeid en onderwezen. Het Hof zag geen onoverkomelijke hinderpalen voor de partner en de kinderen om zich met de man in FYROM te vestigen, hoewel dit een zeker sociaal ongemak zou inhouden voor hen. Indien de partner en kinderen zich niet in FYROM zouden vestigen, dan zou de afstand niet zo groot zijn dat contacten tussen de man en zijn kinderen virtueel onmogelijk zouden zijn.

De zaak *Darren Omoregie* betrof een Nigeriaanse man die asiel aanvraagde in Noorwegen. Hij trouwde voor de wet met een Noorse vrouw en ze kregen samen een dochter. Zijn asielaanvraag werd afgewezen en er werd hem meegedeeld dat hij het land moest verlaten. Hij bleef echter en werkte een jaar lang zonder werkvergunning, wat een inbreuk betekende op de migratiewetgeving. Zijn aanvraag van gezinshereniging werd afgewezen en hij werd verwijderd naar Nigeria met een inreisverbod van vijf jaar. Het Hof vond dat zijn banden met Nigeria sterker waren dan met Noorwegen. Het Hof betwistte niet dat het gezinsleven oprecht was, maar het was gevormd tijdens een precair verblijf en er waren geen onoverkomelijke hinderpalen voor het gezin om naar Nigeria te verhuizen. Volgens het Hof: *“The third applicant was still of an adaptable age at the time when the disputed measures were decided and implemented. The second applicant would probably experience some difficulties and inconveniences in settling in Nigeria, despite her experience from a period spent in another African country, South Africa, and the fact that English was also the official language of Nigeria. However, the Court does not find that there were insurmountable obstacles in the way of the applicants' developing family life in the first applicant's country of origin. In any event, nothing should prevent the second and third applicants from coming to visit the first applicant for periods in Nigeria.”*<sup>914</sup>

Eenzelfde bevinding bereikte het Hof in de zaak *Arvelo Aponte*. Hoewel de Venezolaanse vrouw een voorlopige verblijfsvergunning had bekommen wegens een relatie met een Nederlandse man, werd haar een definitieve verblijfsvergunning geweigerd in 2000, toen ze op de vraag om een antecedentenverklaring neer te leggen, een vroegere veroordeling omwille van medeplichtigheid aan drugssmokkel in Duitsland, toegaf. Er werd haar een uitzettingsbeslissing betekend alsook een inreisverbod voor tien jaar. De vrouw tekende herhaaldelijk beroep aan, wat werd verworpen, en ondertussen trouwde ze en kreeg ze een zoon. Het EHRM oordeelde dat er weliswaar een periode van goed gedrag was verlopen sedert de strafrechtelijke veroordeling, die de immigratiebeslissing zou moeten beïnvloeden. Niettemin betrof het een veroordeling wegens zware feiten. Haar verblijf in Nederland was illegaal en ze bouwde haar gezinsleven verder op tijdens een periode waarin de verzoekster wist dat haar verblijfsstatuut precair was. Een eventuele verhuis van het gezin naar Venezuela werd niet verhinderd door onoverkomelijke obstakels, aangezien de vrouw er nog familie had, het gemeenschappelijk kind jong was en de man een redelijke kennis van het Spaans had. Het Hof erkende wel dat een dergelijke verhuis kan leiden tot een zekere mate van sociale en economische problemen, maar dat dit geen voldoende reden was om te besluiten tot een schending van artikel 8 EVRM.<sup>915</sup>

350. Uit oudere zaken van de Europese Commissie Mensenrechten blijkt dat mogelijke hinderpalen voor een verhuis van gezinsleden van een vreemdeling naar het land van terugkeer niet mogen gelijkstaan met een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM. In de zaak *Fadele*, boog de Commissie zich over de situatie van drie kinderen met de nationaliteit

---

<sup>914</sup> EHRM 31 juli 2008, nr. 265/07, *Darren Omoregie v. Noorwegen*, par. 66.

<sup>915</sup> EHRM 3 november 2011, nr. 28770/05, *Arvelo Aponte v. Nederland*. Zie echter de *dissenting opinions* van rechters Ziemele, Tsosoria en Pardalos, die menen dat de verzoekster eerlijk gehandeld heeft en voldoende blijf heeft gegeven van goed gedrag. Dit werd volgens hen onvoldoende in rekening gebracht door de Nederlandse overheid, alsook andere persoonlijke omstandigheden.

van het Verenigd Koninkrijk, die hun vader, na zijn verwijdering van het grondgebied van het Verenigd Koninkrijk, naar zijn thuisland Nigeria waren gevolgd. Zowel de moeder als de vader van deze kinderen kenden een geschiedenis van illegale immigratie in het Verenigd Koninkrijk. Uiteindelijk werd de vader teruggestuurd naar Nigeria. De moeder ontsnapte aan uitzetting en verbleef verder in het Verenigd Koninkrijk met hun drie kinderen die daar waren geboren en de Britse nationaliteit hadden verkregen. De moeder kwam echter om in een auto-ongeval en de vader reisde terug naar het Verenigd Koninkrijk om de zorg over de kinderen over te nemen. Hij verkreeg geen formele toelating tot binnenkomst op het grondgebied, wel een tijdelijke toegang waaruit geen juridische status of verblijfsrecht kan worden geput (*temporary admission*). Verdere aanvragen tot verblijf om zijn gezinsleven met zijn kinderen uit te oefenen werden geweigerd, ondanks de positieve aanbevelingen van maatschappelijk werkers. De man werd uiteindelijk uitgezet en de kinderen werden opgevangen door een ver gezinslid door wie ze werden mishandeld. De kinderen wensten zich bij hun vader in Nigeria te voegen. Daar kwamen de kinderen echter terecht in bijzonder harde levensomstandigheden en kampten ze met een voedseltekort. Ze gingen niet naar school, aangezien ze geen van de gebruikte talen in Nigeria machtig waren en zich niet konden veroorloven om naar Engelstalige scholen te gaan. Hun gezondheid was bovendien ook ernstig achteruit gegaan. Ze voerden aan dat een weigering om de vader op Brits grondgebied te laten verblijven een schending inhield van artikel 8 EVRM. Bovendien had deze weigering *de facto* de kinderen verplicht om naar Nigeria te verhuizen, waar ze werden blootgesteld aan een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM. De Commissie verklaarde hun verzoek ontvankelijk,<sup>916</sup> maar omwille van een minnelijke schikking die enkele maanden later met de Britse overheden werd getroffen, werd het verzoek niet ten gronde onderzocht. De Britse overheid gaf de vader uiteindelijk een toelating tot vestiging zodat het hele gezin terug naar het Verenigd Koninkrijk kon keren.<sup>917</sup>

In de zaak *Bulus v. Zweden* verklaarde de Commissie het verzoek van een minderjarige Syrische vreemdeling ontvankelijk.<sup>918</sup> De minderjarige vreemdeling was met zijn moeder, broers en zus naar Zweden gekomen op de vlucht voor gevechten in Syrië, waarin de vader was gedood. Hun verblijfsaanvragen werden afgewezen. Het gezin dook onder maar de minderjarige vreemdeling en zijn broers werden gevat door de politie. De minderjarige vreemdeling voerde aan dat de verwijderingsmaatregel tegen hem genomen, gelijkstond met een onmenselijke behandeling omdat hij in Syrië voor zichzelf zou moeten zorgen. Hij werd immers gescheiden van zijn moeder en zus die ondergedoken bleven in Zweden en gescheiden van zijn broers die in Syrië zouden worden ingelijfd in het leger. De zaak werd niet ten gronde onderzocht aangezien een minnelijke schikking werd getroffen en het gehele gezin in bezit werd gesteld van een verblijfsvergunning.<sup>919</sup>

351. Het beginsel van het belang van het kind kan een relevante factor zijn in het bepalen of er uitzonderlijke omstandigheden aanwezig zijn die aanleiding geven tot een positieve verplichting in hoofde van de verdragsluitende Staat. In de zaak *Rodrigues Da Silva en Hoogkamer* oordeelde het Hof over de weigering van een toelating tot verblijf aan een Braziliaanse vrouw en de gevolgen ervan voor haar dochter van Nederlandse nationaliteit. Omdat de vrouw nooit regelmatig in Nederland had verbleven, meende het Hof dat de betwiste maatregel (m.n. de verblijfsweigering) geen inmenging uitmaakte in het gezinsleven; er was immers geen sprake van een intrekking van een eerder verblijfsrecht. Volgens het Hof

---

<sup>916</sup> Europese Commissie Mensenrechten 12 februari 1990, nr. 13078/87, *Fadele v. Verenigd Koninkrijk* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>917</sup> Europese Commissie Mensenrechten 4 juli 1991, nr. 13078/87, *Fadele v. Verenigd Koninkrijk*, par. 12, DR 1991, nr. 70, 159.

<sup>918</sup> Europese Commissie Mensenrechten 19 januari 1984, nr. 9330/81, *Bulus v. Zweden* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>919</sup> Europese Commissie Mensenrechten 8 december 1984, nr. 9330/81, *Bulus v. Zweden*, par. 16.

was de vraag eerder of de Nederlandse overheden een positieve verplichting hadden om de illegaal verblijvende vrouw een verblijfsrecht toe te kennen in Nederland, zodat ze haar gezinsleven op het Nederlandse grondgebied kon behouden en verder ontwikkelen. Hoewel aan de Nederlandse vader het ouderlijk gezag was toegewezen, namen zowel de moeder als de Nederlandse grootouders voornamelijk deel in de ouderlijke zorg over het kind en speelde de vader een minder prominente rol. De toekenning van het ouderlijk gezag aan de vader vormde echter een objectieve belemmering om de moeder het gezinsleven met haar dochter in Brazilië verder te laten zetten. De vader had trouwens aangegeven nooit met een vertrek van de dochter te zullen instemmen. Bovendien oordeelde de Nederlandse overheid dat een verhuis traumatisch zou zijn voor de dochter, o.m. omwille van de sterke band die ze had met haar grootouders. Anderzijds had de dochter ook een sterke band met de moeder. De verwijdering van de moeder naar Brazilië zou die band verbreken en het zou moeilijk zijn om regelmatig in contact te blijven. Omwille van de zeer jonge leeftijd diende de dochter in contact te blijven met haar moeder.

De moeder had steeds illegaal verbleven in Nederland en had pas drie jaar na haar aankomst getracht om haar verblijf te regulariseren. Niettemin stelde het Hof dat, zoals de Nederlandse overheid aangaf, een regelmatig verblijf in Nederland mogelijk was geweest op basis van de duurzame relatie met de Nederlandse vader gedurende de eerste jaren van haar verblijf. Daarom meende het Hof dat *“Although there is no doubt that a serious reproach may be made of the first applicant's cavalier attitude to Dutch immigration rules, this case should be distinguished from others in which the Court considered that the persons concerned could not at any time have reasonably expected to be able to continue family life in the host country.”* Het illegaal verblijf van de moeder werd daarom niet zwaar doorgerekend in de beoordeling van het Hof, aangezien het verwijtbaar gedrag van de moeder niet ten koste mocht gaan van de dochter. Het Hof besloot dat in het licht van de verstrekkende gevolgen die de verwijdering zou hebben op de verantwoordelijkheden van de moeder, alsook op het gezinsleven met haar dochter *“and taking into account that it is clearly in Rachael's best interests for the first applicant to stay in the Netherlands, the Court considers that in the particular circumstances of the case the economic well-being of the country does not outweigh the applicants' rights under Article 8, despite the fact that the first applicant was residing illegally in the Netherlands at the time of Rachael's birth. Indeed, by attaching such paramount importance to this latter element, the authorities may be considered to have indulged in excessive formalism.”*<sup>920</sup>

352. De Nuñez-zaak lijkt verder te bouwen op *Rodrigues da Silva en Hoogkamer*. Het Hof ging na of een billijke afweging was gemaakt tussen de verschillende betrokken belangen, niet enkel van de verzoekster en de Noorse samenleving, maar ook van de betrokken kinderen, door uitdrukkelijk te verwijzen naar artikel 3 VN-Kinderrechtenverdrag. De zaak betrof een Dominicaanse vrouw die herhaaldelijk inbreuken had gepleegd tegen de Noorse migratiewetgeving. Na een eerste illegaal verblijf werd ze het land uitgezet nadat ze werd betrapt op winkeldiefstal. Ze overtrad het inreisverbod dat twee jaar geldig was en kwam het land terug binnen met een paspoort onder een valse naam. Ze huwde met een Noorse man en vroeg een verblijfsvergunning onder deze valse naam aan. Ze verkreeg een werkvergunning en vervolgens een vestigingsvergunning. Na de scheiding van haar man, woonde ze samen met een Dominicaanse man en haar twee dochters uit deze relatie. Na een tip werd ze opgepakt door de politie. Haar verblijfsvergunning werd ingetrokken en een verwijderingsmaatregel en een inreisverbod voor twee jaar werd betekend. Na een breuk in de relatie, kreeg de vader exclusief het ouderlijk gezag toegewezen. Het Hof merkte op dat de moeder misleidende informatie over haar identiteit had verstrekt en het inreisverbod niet had nageleefd. Ze kon

---

<sup>920</sup> EHRM 31 januari 2006, nr. 50435/99, *Rodrigues Da Silva en Hoogkamer v. Nederland*, par. 37-44.

dus niet redelijkerwijze verwachten om in Noorwegen te mogen verblijven. Haar banden met de Dominicaanse republiek waren nog steeds sterk. In die zin stelde het Hof dat het algemeen belang inzake migratiecontrole en de herhaalde inbreuken tegen de migratiewetgeving zwaar moesten doorwegen in de belangenafweging. Niettemin bekeek het Hof deze zaak ook vanuit het perspectief van de belangen van de kinderen, wat de billijke afweging onder artikel 8 EVRM misschien kon doen omslaan: “*However, the Court will examine whether particular regard to the children’s best interest would nonetheless upset the fair balance under Article 8.*”<sup>921</sup> Het was voornamelijk de moeder die sinds hun geboorte voor hen had gezorgd en er werd vastgesteld dat de moeder de belangrijkste persoon in het leven van de kinderen uitmaakte. Bovendien was reeds door de Noorse overheden geoordeeld dat de kinderen in Noorwegen zouden blijven bij hun vader, die een gevestigde vreemdeling was. De kinderen hadden bovendien geleden onder de scheiding van hun ouders, de verhuis van hun moeders huis naar het huis van hun vader en de dreiging die uitging van de verwijdering van de moeder. Er waren vier jaar verstreken tussen de ontdekking van het illegaal verblijf en het bevel tot verwijdering, wat niet gelijkstaat met een snelle en efficiënte migratiecontrole. Als gevolg van de verwijdering zouden de kinderen praktisch twee jaar gescheiden worden van hun moeder, zonder de garantie dat hun moeder daarna zou kunnen terugkeren. In het licht van de duurzame en sterke band met de moeder, de toewijzing van het ouderlijk gezag aan de vader, de ervaren stress en de lange tijd die was verlopen vooraleer de overheden de verwijdering van de moeder hadden bevolen, besloot het Hof – in de concrete en uitzonderlijke omstandigheden van deze zaak – dat als de moeder werd verwijderd en haar werd verboden om Noorwegen gedurende twee jaar binnen te komen, dit een overdreven negatieve impact zou hebben op de kinderen. Het Hof was niet overtuigd dat de Noorse overheden voldoende gewicht hadden gegeven aan de belangen van de kinderen onder artikel 8 EVRM en artikel 3 VN-Kinderrechtenverdrag dat stelt dat de belangen van het kind de eerste overweging vormen bij alle maatregelen die openbare overheden nemen betreffende kinderen. Het Hof stelde aldus dat de Noorse overheid haar beleidsmarge te buiten was gegaan.<sup>922</sup>

353. Hoewel het Hof een primordiaal belang hecht aan het beginsel van de belangen van het kind, wil dit niet zeggen dat dit beginsel automatisch een zaak zal beslechten in het voordeel van een illegaal verblijvende vreemdeling. Zowel in *Rodrigues da Silva en Hoogkamer* als in *Núñez* waren er volgens het Hof ‘uitzonderlijke omstandigheden’ aanwezig waardoor de belangen van het kind de doorslag gaven. De zaak *Kaplan* is eveneens een interessante illustratie van zulke ‘uitzonderlijke omstandigheden’.<sup>923</sup>

Dezelfde uitzonderlijke omstandigheden werden aanwezig geacht in de zaak *Polidario*.<sup>924</sup> In casu had de Filippijnse verzoekster een dochter met een Libanese man die de Zwitserse nationaliteit had verworven. Enkele maanden later werd de verzoekster, die illegaal was, bevolen om het Zwitserse grondgebied te verlaten. Ze keerde terug naar de Filippijnen samen met het kind. In juli 2004 ondertekende ze een affidavit die de vader toeliet om zijn zoon weer

<sup>921</sup> EHRM 28 juni 2011, nr. 55597/09, *Núñez v. Noorwegen*, par. 78.

<sup>922</sup> EHRM 28 juni 2011, nr. 55597/09, *Núñez v. Noorwegen*, par. 79-85.

<sup>923</sup> Zie ook EHRM 24 juli 2014, nr. 32504/11, *Kaplan e.a. v. Noorwegen*, waar het Hof besloot: “*Having regard to all of the above considerations, notably the youngest child’s long-lasting and close bonds to her father, her special care needs and the long period of inactivity before the immigration authorities issued a warning to the first applicant and took their decision to order his expulsion with a re-entry ban, the Court is not convinced in the concrete and exceptional circumstances of the case that sufficient weight was attached to the best interests of the child for the purposes of Article 8 of the Convention. The Court is therefore not satisfied that the authorities of the respondent State acted within their margin of appreciation when seeking to strike a fair balance between, on the one hand, the first applicant’s need to be able to remain in Norway in order to maintain his contact with his daughter in her best interest (see Nunez, § 84) and, on the other hand, its public interest in ensuring effective immigration control – namely, according to the Government, “the interests of ... the economic well-being of the country” and “the prevention of disorder or crime”.*”

<sup>924</sup> EHRM 30 juli 2013, nr. 33169/10, *Polidario v. Zwitserland*.

mee te nemen naar Zwitserland tijdens de vakantie. De vader stuurde het kind niet terug naar de Filippijnen. Hoewel zij het ouderlijk gezag en het recht van bewaring over het kind had, mislukten al haar pogingen om het kind naar de Filippijnen te repatriëren. Al haar aanvragen om machtiging tot verblijf in Zwitserland werden verworpen. Vanaf juni 2010 werd de bewaring van het kind toevertrouwd aan de vader en werd aan de verzoekster een bezoekrechten toegekend dat moest worden uitgeoefend in Zwitserland, terwijl ze geen machtiging tot verblijf had. De verzoekster riep voor het Hof de schending in van artikel 8 EVRM, waarbij ze betoogde dat de weigering van de Zwitserse overheid om haar een verblijfsvergunning voor meer dan zes jaar af te leveren, het recht op het respect voor haar familie- en gezinsleven heeft belemmerd.

Het Hof bracht in herinnering dat een daadwerkelijke eerbiediging voor het gezinsleven vereist dat de toekomstige relaties tussen de ouders en de kinderen worden bepaald op grond van het geheel van de pertinente elementen en niet op grond van het enkele feit dat een *de facto* situatie zich in het verloop van de tijd heeft geconsolideerd (“*un respect effectif de la vie familiale commande que les relations futures entre parents et enfants se règlent sur la seule base de l'ensemble des éléments pertinents, et non par le simple écoulement du temps*”). Het Hof benadrukte dat inzake het respect voor het familieleven, de positieve verplichtingen van de Staat impliceren om een toereikend en afdoend juridisch arsenaal in te richten om de legitieme rechten van de betrokkenen te verzekeren. Dit arsenaal moet de Staat toelaten de passende maatregelen te nemen om ouder en kind te herenigen, inclusief in geval van geschil tussen de twee ouders. Daar waar een familieband bestaat, dient de Staat in beginsel zodanig te handelen dat die band kan worden ontwikkeld en de geëigende maatregelen te nemen om de betrokken ouder en het kind te verenigen. De positieve verplichtingen van de Staat zijn niet beperkt tot het toezicht dat een kind zijn of haar ouder kan vervoegen en contact kan houden met de ouder, maar omvatten eveneens het geheel van voorbereidende maatregelen die toelaten dit resultaat te bereiken. Om toereikend te zijn, moeten de maatregelen die de hereniging van ouder en kind beogen, snel genomen worden, want het tijdsverloop kan onherstelbare gevolgen hebben voor de verhouding tussen het kind en de ouder waarmee het kind niet samenleeft.<sup>925</sup>

In deze zaak merkte het Hof dat er geen enkele twijfel kan bestaan over het bestaan van het gezinsleven in de zin van artikel 8 van het Verdrag tussen de verzoekster en haar kind. Vervolgens ging het Hof na of de nationale maatregelen om de gezinsbanden tussen de verzoekster en haar kind in stand te houden tijdens de gerechtelijke procedure over het ouderschap conform bleken met de positieve verplichtingen die voortvloeien uit artikel 8 EVRM. Het Hof betrok verschillende elementen in haar oordeel. Wat betreft de mogelijkheid om contact te houden tussen ouder en kind tijdens de periode 2005-2010, stelde het Hof vast dat de verzoekster enkel telefonisch contact kon houden met het kind. Het Hof merkte op dat tijdens de gehele duur van de juridische procedure m.b.t. het ouderlijk gezag in Zwitserland de verzoekster vanuit de Filippijnen – zo goed en zo kwaad als ze kon, gelet haar beperkte financiële middelen – stappen ondernam om de banden met haar kind te behouden. Zo diende ze een aanvraag in tot verblijf in Zwitserland voor de periode dat het kind in Zwitserland verbleef, en vroeg ze aan de rechtbank om alle nuttige maatregelen te bevelen met het oog op haar spoedige hereniging met haar kind.

Voor wat betreft de tijdsduur van de besluitvorming van de nationale overheden, woog in casu op de gerechtelijke overheden een verplichting om dringend een uitspraak te doen over de maatregelen tot hereniging van ouder en kind, gelet op de jonge leeftijd van het kind. Het Hof

---

<sup>925</sup> EHRM 30 juli 2013, nr. 33169/10, *Polidario v. Zwitserland*, par. 64-66.

noteerde dat de overheden van Zwitserland, middels expertises uitgevoerd in Zwitserland en de Filippijnen, gezocht hebben naar een oplossing die de belangen van het kind respecteert. Inzake het ouderlijk gezag en het hoederecht, merkte het Hof op dat de verzoekster het ouderlijk gezag en het hoederecht had toen de vader het kind terugbracht naar Zwitserland. De verzoekster kon, gelet op de geweigerde verblijfsaanvragen, zich niet naar Zwitserland begeven om haar rechten op hereniging met haar kind af te dwingen. Ze zag haar zoon voor het eerst terug op 25 januari 2010, op de datum van de zitting van de voogdijrechtbank.

Vanaf 4 juni 2010 werd aan verzoekster een bezoekrecht toegestaan, en werd gepreciseerd dat het bezoekrecht in Zwitserland moest uitgeoefend worden, ondanks het feit dat verzoekster geen machtiging kreeg tot verblijf. Dit had tot gevolg dat verzoekster – die na enkele contacten met haar zoon er niet toe kon besluiten om alleen naar de Filippijnen terug te keren – in illegaal verblijf en zonder juridische status (*“sans bénéficiaire d’un statut juridique”*), haar bezoekrecht uitoefende gedurende de periode van 2010 tot 2012. Aan deze precaire situatie kwam een einde toen haar een verblijfstitel werd toegekend op 25 oktober 2012. De nationale overheden hadden kennis van haar onontwarbare situatie die twee jaar duurde, wat blijkt uit de communicatie tussen de dienst Bescherming van minderjarigen en de voogdijrechtbank. Hoewel de verblijfssituatie van de verzoekster dus uiteindelijk werd geregulariseerd, meende het Hof dat zij een daadwerkelijke uitoefening van haar gezinsleven met het kind was ontzegd gedurende meer dan zes jaar. Door te falen om spoedig te handelen m.b.t. de terugkeer van het kind en het hoederecht en door een verblijfsvergunning te weigeren aan de verzoekster, werden de persoonlijke relaties tussen de verzoekster en het kind ernstig aangetast en dit tijdens een cruciale periode. Het Hof besloot dan ook dat de Zwitserse overheden hun positieve verplichting om passende maatregelen te nemen om de banden tussen de verzoekster en het kind te behouden en te waarborgen niet hebben vervuld.<sup>926</sup>

Wat het Hof in wezen hier benadrukt is het respect voor de zorgrelatie tussen volwassenen en minderjarige kinderen. Dit werd door het Hof al in de verf gezet in de zaak *Mubilanzila Mayeka en Kaninko Mitunga*, waarin het Hof oordeelde dat in het geval van een niet-begeleide minderjarige, de Belgische overheid de verplichting heeft om de gezinshereniging te faciliteren.<sup>927</sup> Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dus dat de verplichting van verdragsluitende Staten om minderjarige kinderen te beschermen, positieve verplichtingen impliceert ten aanzien van zowel de ouder als het kind. Ten aanzien van het minderjarig kind is er sprake van een positieve verplichting om het recht op ouderlijke zorg te faciliteren. Ten aanzien van de ouder is er sprake van een positieve verplichting voor een Staat om de uitoefening van de ouderlijke zorgverantwoordelijkheid voor een minderjarig kind te faciliteren.<sup>928</sup>

354. Wanneer deze uitzonderlijke omstandigheden echter niet aanwezig zijn en de overheden van de verdragsluitende Staat voldoende gewicht hebben gegeven aan de belangen van het kind, zal het Hof niet oordelen dat er een schending is van artikel 8 EVRM.

In de zaak *Antwi* voerde de vreemdeling aan dat de verwijderingsmaatregel en het inreisverbod van vijf jaar die tegen hem werden getroffen, een schending was van artikel 8 EVRM. Op basis van een valse identiteit en een vals paspoort, had deze vreemdeling van Ghanese nationaliteit een gezinsleven uitgebouwd in Noorwegen. Hij trouwde met een vrouw, van oorsprong Ghanese maar nu in het bezit van de Noorse nationaliteit, en samen kregen ze een dochter met Noorse nationaliteit. Toen de valse identiteit van de man uitkwam,

---

<sup>926</sup> EHRM 30 juli 2013, nr. 33169/10, *Polidario v. Zwitserland*, par. 68-78.

<sup>927</sup> EHRM 12 oktober 2006, nr. 13718/03, *Mubilanzila Mayeka en Kaninko Mitunga v. België*, par. 85.

<sup>928</sup> Zie in deze zin S. VAN WALSUM, “Jurisprudentie over migratierecht en gezinsleven. Deel II: Artikel 8 EVRM”, *AenMR* 2010, nr. 10, 521.



oordeelden de Noorse overheden dat de man verzwarende inbreuken op de migratiewetgeving had gepleegd en werd hem een verwijderingbeslissing betekend. De man ging herhaaldelijk in beroep bij verschillende rechterlijke instanties, maar uiteindelijk oordeelde het Noorse Hooggerechtshof dat de verwijderingsmaatregel niet disproportioneel was. Het EHRM stelde vast dat zijn verblijf op geen enkel moment legaal was geweest. Op basis van misleidende informatie trouwde hij en kreeg hij een kind, en kon hij nooit redelijk verwacht hebben te kunnen blijven in Noorwegen. De man was opgegroeid in Ghana en had pas als volwassene Noorwegen betreden. Zijn banden met Noorwegen wogen niet op tegen zijn banden met zijn land van herkomst. Zijn echtgenote was eveneens opgegroeid in Ghana en kwam in Noorwegen op 17-jarige leeftijd. Ze had ondertussen de Noorse nationaliteit alsook gezins- en tewerkstellingsbanden met Noorwegen. Hoewel ze waarschijnlijk een aantal moeilijkheden zouden ondervinden wanneer ze zich terug in Ghana zou vestigen, stelde het Hof geen bijzondere hindernissen vast die de vrouw zou weerhouden om haar man naar Ghana te volgen. De dochter daarentegen was in Noorwegen geboren en daar opgegroeid. Ze spreekt enkel Noors en heeft beperkte banden met Ghana. Aangezien haar vader voltijds thuis is, neemt hij een grote rol op in haar opvoeding, het begeleiden bij haar huiswerk, sportactiviteiten, enz. Gezien haar leeftijd van tien jaar, is zijn ouderlijke steun kostbaar en is ze even sterk verbonden met haar vader als met haar moeder. Volgens het Hof zal het waarschijnlijk moeilijk voor haar zijn om zich aan te passen aan een leven in Ghana, indien ze haar ouders daarnaartoe zou volgen, om zich daarna weer aan het Noorse leven aan te passen. Het Hof zag echter ook hier geen onoverkomelijke hindernissen, noch had de dochter bijzondere noden. Het Hof meende ook dat de moeder, indien nodig, in staat zou zijn om op eigen kracht de nodige ouderlijke zorg aan haar dochter te besteden. Het Hof zag fundamentele verschillen met *Nuñez*, aangezien er geen sprake was van uitzonderlijke omstandigheden, zoals een echtscheiding en de toewijzing van het ouderlijk gezag aan één enkele ouder: *“Unlike what had been the situation of the children of Mrs. Nuñez, the third applicant had not been vulnerable by previous disruptions and distress in her care situation.”*<sup>929</sup> Bovendien hadden in dit geval de Noorse overheden wel met de nodige efficiëntie en snelheid, na de ontdekking van de valse identiteit, de verwijderingsmaatregel genomen. Kortom, bij afwezigheid van uitzonderlijke omstandigheden, toonde het Hof zich tevreden over het feit dat er voldoende gewicht was gegeven aan de belangen van het kind door de Noorse overheden. Het inreisverbod van vijf jaar<sup>930</sup> veranderde niets aan deze overwegingen van het Hof. Het besloot dat de Noorse overheid niet willekeurig had gehandeld of haar beleidsmargin te buiten was gegaan.<sup>931</sup>

In de zaak *Paposhvili* erkende het Hof dat de echtgenote en kinderen van verzoeker een onbeperkt verblijf in België hadden verworven, sociale banden in dit land hebben ontwikkeld en dat de kinderen in België zijn geboren, daar steeds hebben verbleven en er naar school zijn gegaan. Het Hof wees er echter op dat zij allen over de Georgische nationaliteit beschikten, net zoals verzoeker. Dit gegeven maakt dat deze zaak te onderscheiden is van de zaken *Nuñez* en *Udeh* waar één van de ouders en/of de kinderen de nationaliteit hadden van de ontvangende verdragsluitende Staat.<sup>932</sup> Daarenboven bleek niet dat de kinderen specifiek

<sup>929</sup> EHRM 14 februari 2012, nr. 26940/10, *Antwi e.a. v. Noorwegen*, par. 101.

<sup>930</sup> Zie ook EHRM 31 juli 2008, nr. 265/07, *Darren Omoregie v. Noorwegen*, par. 63-68.

<sup>931</sup> EHRM 14 februari 2012, nr. 26940/10, *Antwi e.a. v. Noorwegen*, par. 87-105. Zie ook de *dissenting opinions* van rechters Sicilianos en Lararova Trajkovska, die menen dat er hier wel reden was om een schending van artikel 8 EVRM vast te stellen: *“if there is indeed a difference between Nunez en the present case, this lies in the fact that the latter is even more striking than the former. Consequently, the solution in Nunez should have been applied in the present case a fortiori.”* Zij stellen dan ook *“In view of the above elements, we have serious difficulties to follow the majority when stating that: “the Court is satisfied that sufficient weight has been attached to the best interests of the child in ordering the first applicant’s expulsion” (supra, § 103). Admit that the impugned measure was “clearly not” in – i.e. against - the best interests of the third applicant, while at the same time affirming that such interests have been duly taken into account seems to pay lip service to a guiding human rights principle.”*

<sup>932</sup> EHRM 17 april 2014, nr. 41738/10, *Paposhvili v. België*, par. 152.

noden hadden of dat hun moeder niet in staat zou zijn om voor hen te zorgen indien zij alleen zouden achterblijven. Doordat deze gezinsleden over een onbeperkt verblijfsrecht beschikken en dus vrij België kunnen verlaten en weer terugkeren, zijn er geen ononverkomelijke hinderpalen om regelmatige contacten tussen de gezinsleden te onderhouden. Rekening houdend met de bijzondere medische situatie van verzoeker, die aan een dodelijke en ongeneselijke ziekte lijdt, gaf het Hof evenwel toe dat het regelmatig onderhouden van contacten misschien niet voldoende is om tegemoet te komen aan het belang van de kinderen. Er is immers een risico dat de verzoeker bij verwijdering naar Georgië op korte termijn zal overlijden. Dit kan de gezinsleden er toe bewegen om tijdelijk België te verlaten om verzoeker in Georgië bij te staan. Zonder de moeilijkheden die deze beslissing met zich meebrengt te onderschatten, meent het Hof dat er geen uitzonderlijke omstandigheden bestaan voor de Belgische overheid om de verzoeker een verblijfsrecht toe te kennen, met name in het licht van de aard en de ernst van de strafbare feiten die door verzoeker werden gepleegd.<sup>933</sup> Deze zaak contrasteert met deze zaak *M.P.E.V.* waar wel een schending van artikel 8 EVRM werd vastgesteld. Verzoeker is voorwerp van een verwijderingsbeslissing omwille van redenen van openbare orde. Bij onderzoek door het Hof blijkt de zwaarste straf 9 maanden gevangenisstraf met opschorting te zijn en blijkt verzoeker ernstig ziek te zijn. Voor het Hof zijn de strafrechtelijke veroordelingen in casu niet doorslaggevend. In tegenstelling tot de Zwitserse bestuursrechter, oordeelt het EHRM dat er wel sprake is van een familieleven tussen vader en minderjarig kind na de scheiding van de ouders gezien de extensieve omgangsregeling na de scheiding van verzoeker met de moeder van zijn kind. Verzoeker is wel degelijk betrokken bij de opvoeding van zijn kind. De Zwitserse bestuursrechter was weliswaar van oordeel dat het minderjarige kind omwille van haar integratie in de Zwitserse samenleving, haar gebrek aan kennis over haar land van herkomst waar zij nooit was teruggekeerd na op tweejarige leeftijd Zwitserland te zijn binnengekomen en het feit dat zij amper Spaans sprak, niet kon worden teruggestuurd naar Ecuador omdat dit zou getuigen van een “*uprooting of excessive rigidity*”. Niettemin had de Zwitserse bestuursrechter het belang van het kind, met name het gezamenlijk belang van verzoeker en zijn minderjarig kind om in nauw persoonlijk contact te blijven, niet in overweging genomen bij behandeling van het beroep tegen de verwijderingsbeslissing. Aangezien de Zwitserse bestuursrechter oordeelt dat van het minderjarig kind niet kan worden verwacht dat het terugkeert naar Ecuador, kan worden verwacht dat bij verwijdering van verzoeker het bestaande persoonlijke contact tussen beiden drastisch zal verminderen. Door geen rekening te houden met het belang van het kind omdat de Zwitserse bestuursrechter van oordeel was dat na de scheiding van de ouders er geen sprake meer was van een gezinsleven tussen verzoeker en zijn kind, werd de beleidsmarge overschreden.<sup>934</sup>

De zaak *Josef* had betrekking op een jonge moeder, HIV patiënte, van drie jonge kinderen die werd teruggestuurd naar Nigeria. Het Hof oordeelde reeds er geen aanleiding was tot het vaststellen van een schending van artikel 3 EVRM aangezien haar actuele gezondheidstoestand stabiel was en niet kritiek. Wat betreft de overige omstandigheden van haar individueel geval, met name dat haar kwetsbaarheid wordt versterkt door het feit dat zij drie jonge kinderen die getuige zullen zijn van haar fysieke achteruitgang en die riskeren als wezen te worden achtergelaten in een land waar zij niet beschikken over een sociaal of familiaal netwerk, oordeelde het Hof dat deze eerder moesten worden bekeken in het licht van artikel 8 EVRM. Het Hof stelde vervolgens vast dat verzoekster Nigeria heeft verlaten op 17-jarige leeftijd en bijna 7 jaar in België verblijft. Verzoekster is dus opgegroeid in Nigeria en heeft daar het grootste deel van haar leven doorgebracht. In België heeft verzoekster een

---

<sup>933</sup> EHRM 17 april 2014, nr. 41738/10, *Paposhvili v. België*, par. 153-155. Zie evenwel *opinion en partie dissidente* van rechter Pejchal.

<sup>934</sup> EHRM 8 juli 2013, nr. 3910/13, *M.P.E.V. v. Zwitserland*.

asielaanvraag ingediend die in oktober 2010 finaal werd afgewezen. Sinds oktober 2010 beschikte verzoekster niet meer over een regelmatig verblijf in België. Het gegeven dat zij haar verblijf in België heeft kunnen behouden en dat het bevel om het grondgebied te verlaten werd verlengd, is enkel te wijten aan een voorlopige maatregel die door het Hof werd bevolen. Verzoekster kan zich dus niet beroepen op een rechtmatige verwachting dat haar uiteindelijk een verblijf zal worden toegekend. In deze precaire context meent het Hof dat de keuze van verzoekster om drie kinderen op de wereld te brengen, de Belgische overheden voor een ‘fait accompli’ heeft gesteld die in de belangenafweging echter niet in het voordeel van verzoekster zal wegen. Het Hof wijst erop dat de kinderen in België zijn geboren en steeds daar hebben geleefd en naar school zijn gegaan. Hun verwijdering naar Nigeria is niet noodzakelijk gunstig voor hen, maar gezien hun jonge leeftijd (zes, vier en één jaar) meent het Hof dat zij over voldoende aanpassingsvermogen beschikken zodat een hervestiging in hun land van oorsprong realistisch is. Het gegeven dat de mogelijkheden tot scholing en vorming beter zijn in België dan in Nigeria wordt niet in rekening genomen, er is immers geen verplichting in hoofde van Staten om de keuze van vreemdelingen voor wat betreft hun land van verblijf te respecteren. Ook de aanwezigheid van de vader van de kinderen telt niet aangezien hij illegaal verblijft en er geen enkel element wordt aangebracht dat zich verzet tegen zijn terugkeer naar Nigeria waardoor hij verzoekster en de kinderen kan vergezellen om daar het gezinsleven verder te zetten. Deze laatste mogelijkheid laat volgens het Hof toe om het risico dat de kinderen als wezen zullen achterblijven zonder een sociaal of familiaal netwerk, te relativiseren. Tenslotte wijst het Hof erop dat de eenheid van het gezin door de verwijderingsbeslissing niet wordt geschonden. De kinderen blijven immers bij hun moeder en hun gezinsleven kan worden verder gezet in Nigeria. Het risico op een vroegtijdig overlijden van de moeder en de gevolgen daarvan voor het gezinsleven van de kinderen, eens teruggekeerd naar Nigeria, kan niet leiden tot een verplichting voor de Belgische Staat om verzoekster een verblijfsrecht toe te kennen. Het Hof meent dat de Belgische Staat in casu niet op disproportionele wijze het algemeen belang heeft laten doorwegen op de belangen van verzoekster en het beginsel van het belang van het kind.<sup>935</sup>

355. Een zaak waarop het Hof veel kritiek kreeg en die met een nipte meerderheid werd beslist is de zaak *Berisha*. In deze zaak boog het Hof zich over de uitwijzing van drie kinderen die door hun ouders op illegale wijze naar Zwitserland waren gebracht. Beide ouders, van Kosovaarse nationaliteit, hadden in Zwitserland een verblijfsvergunning verworven. In 2007 vroegen de ouders een verblijfsvergunning aan voor hun drie minderjarige kinderen die in Kosovo waren achtergebleven. Dit werd in 2009 geweigerd, omdat beide verzoekers het bestaan van deze kinderen niet had vermeld bij hun binnenkomst in Zwitserland en omdat zij niet correct hadden gehandeld m.b.t. de verblijfsaanvragen. De ouders gingen niet in beroep waardoor deze beslissing definitief werd. De kinderen kwamen kort daarna op illegale wijze Zwitserland binnen, en er werd een vierde kind geboren. In mei 2010 brachten de ouders de Zwitserse overheden op de hoogte van het feit dat de kinderen reeds negen maanden illegaal in Zwitserland verbleven, dat een kind ernstig ziek was en een betere kans op genezing had in Zwitserland. Aanvragen voor gezinshereniging werden ingediend die echter werden afgewezen. Het beroep tegen deze negatieve verblijfsbeslissingen werd eveneens verworpen.

Voor het Hof voerden de verzoekers aan dat de kinderen hun leven met hun onmiddellijke gezin in Zwitserland moeten kunnen voortzetten en dat het moeilijk zou zijn om een gezinsleven op afstand te onderhouden. Een verwijdering zou de kinderen scheiden van hun ouders en jongste broer. De verzoekers verwezen naar de scholing van de kinderen, hun uitstekende studieresultaten, het feit dat de oudste broer niet alleen emotioneel maar ook financieel afhankelijk was van de ouders en dat zij gedurende hun driejarig verblijf goed

---

<sup>935</sup> EHRM 27 februari 2014, nr. 70055/10, *Josef v. België*, par. 139-147.

waren geïntegreerd in Zwitserland. De verzoekers betwistten ook dat hun grootmoeder in Kosovo voor hen zou kunnen zorgen en dat er een kans was dat de kinderen in een weeshuis zouden terechtkomen. Voor het Hof was het duidelijk dat de ouders, na de aankomst van de moeder in Zwitserland in 2007, steeds de bedoeling hebben gehad om zich met hun kinderen daar te herenigen. Niettemin stelde het Hof vast dat zij bewust hadden gekozen om in Zwitserland te wonen en dat dit hen er niet van weerhouden had om in een bepaalde mate het gezinsleven met hun kinderen te onderhouden dat zij reeds voor 2007 hadden. Voorts stelde het Hof vast na aankomst van de vader in Zwitserland in 1997, dat hij zijn echtgenote en kinderen regelmatig had bezocht, een derde kind had verwekt en hen financieel had onderhouden. Het Hof meende dat de kinderen ook nog sterke sociale en linguïstische banden hadden met hun land van herkomst, waar zij zijn opgegroeid en naar school zijn geweest. De duur van hun verblijf in Zwitserland was volgens het Hof niet voldoende lang om die banden volledig te hebben verloren. Aangezien hun grootmoeder meer dan twee jaar voor hen had gezorgd en nog steeds in Kosovo woonde, meende het Hof dat de kinderen ook nog over sterke familiebanden beschikten in Kosovo. Bovendien was vastgesteld dat de gezondheid van het voormalig zieke kind ondertussen voldoende was verbeterd waardoor het niet langer meer een hinderpaal voor de terugkeer naar Kosovo uitmaakte. De twee oudste kinderen waren nu 19 en 17 jaar oud, zodat het Hof meende dat zij vanop afstand konden worden ondersteund. Voor wat betreft het jongste kind van 10 jaar, stelde het Hof vast dat niets de verzoekers in weg stond om te reizen of zelfs bij haar te verblijven in Kosovo om erover te waken dat zij over nodige zorg en onderwijs beschikt, zodat haar belangen als kind worden gewaarborgd. Het Hof hield voorts rekening met het feit dat het gedrag van de ouders hen enigszins verwijtbaar was. Hoewel de verzoekers waarschijnlijk verkiezen om hun gezinsleven voort te zetten in Zwitserland, garandeert artikel 8 EVRM niet het recht om de meest geschikte plaats voor een gezinsleven te kiezen. In het licht van deze elementen oordeelde het Hof dat niet was aangetoond dat de Zwitserse overheden hadden gefaald in het maken een billijke belangenafweging.<sup>936</sup>

In een *dissenting opinion* verweten rechters Jociene en Karakas dat de meerderheid geen rekening had gehouden met de vraag of er ernstige hinderpalen zouden zijn voor de ouders om terug te keren naar Kosovo, nu de vader en moeder respectievelijk meer dan 15 en 6 jaar in Zwitserland leefden en over permanente verblijfsvergunningen beschikten. Zij benadrukten dat dit een belangrijk aspect moest zijn in de belangenafweging. De rechters wezen er voorts op dat niet was aangetoond dat de grootmoeder effectief voor de kinderen zou kunnen zorgen in Kosovo en dat het verwijtbaar gedrag van de ouders niet aan de betrokken kinderen mocht worden aangewreven. Ze argumenteerden dat voor het jongste kind een terugkeer naar Kosovo ernstige moeilijkheden kon teweegbrengen. De twee oudste kinderen zijn nog steeds jong en duidelijk afhankelijk van hun ouders. De afwijkende rechters benadrukten dat het EHRM moet worden toegepast op een wijze die de daarin bevatte rechten praktisch en daadwerkelijk maakt. De overweging dat de ouders heen en weer kunnen reizen naar hun kinderen in Kosovo, maakt het recht op bescherming van het gezinsleven niet effectief, aangezien de gezinsbanden tussen de kinderen en de ouders enkel behouden konden blijven in Zwitserland.<sup>937</sup>

356. Een andere zaak die met nipte meerderheid werd beslist, is de zaak *Biao* waar het Hof aanvaardde dat het bevorderen van de integratie van vreemdelingen door het hanteren van een zgn. ‘bindingsvereiste’ een legitieme reden is om gezinshereniging te beperken. De invoering van een bindingsvereiste in de Deense vreemdelingenwet heeft tot doel om enkel gezinshereniging in Denemarken toe te laten wanneer het geheel van de banden van de

<sup>936</sup> EHRM 30 juli 2013, nr. 948/12, *Berisha v. Zwitserland*, par. 60-61.

<sup>937</sup> EHRM 30 juli 2013, nr. 948/12, *Berisha v. Zwitserland, dissenting opinions* van rechters Jociene en Karakas. Zie ook de *partly dissenting opinion* van rechter Sajo.

echtgenoten met Denemarken sterker zijn dan het geheel van de banden van de echtgenoten met een ander land. Een uitzondering op deze bindingsvereiste geldt voor personen die minstens 28 jaar over de Deense nationaliteit beschikken of voor personen die in Denemarken zijn geboren of op jonge leeftijd zijn aangekomen op voorwaarde dat zij 28 jaar legaal verblijven in Denemarken. De verzoeker verwierf de Deense nationaliteit in 2002 en trouwde in 2003 met een Ghanese vrouw. Deze vrouw diende een aanvraag in om gezinshereniging die werd geweigerd. Zij kwam Denemarken binnen op basis van een toeristenvisum. De verzoeker en zijn Ghanese vrouw verhuisden in 2003 naar Zweden waar zij in 2004 ouders werden van een zoon. Het Hof oordeelde dat de Deense overheden een billijke afweging hadden gemaakt tussen de belangen van de samenleving en de belangen van het individu. Het Hof vond dat de verzoeker sterke banden had met Togo, Ghana en Denemarken. Zijn echtgenote had sterke banden met Ghana maar geen banden met Denemarken buiten het feit dat zij met verzoeker was getrouwd die in Denemarken woonde en de Deense nationaliteit had verworven. Het Hof betoogde dat in 2004 - het tijdstip dat in deze zaak wordt beschouwd als het relevante toetsingsmoment<sup>938</sup> - het geheel van de banden van de echtgenoten met Denemarken duidelijk niet sterker was dan het geheel van de banden van de echtgenoten met een ander land. Het Hof onderlijnde dat de Deense overheid nooit garanties had gegeven dat de Ghanese echtgenote een verblijfsrecht zou verkrijgen. Aangezien de bindingsvereiste in werking trad in juli 2002, konden de verzoekers niet onwetend zijn geweest van het feit dat omwille van de verblijfsstatus van de echtgenote, de ontwikkeling van een gezinsleven in Denemarken vanaf het begin precair zou zijn. Eens dat de gezinshereniging werd geweigerd in 2003, had echtgenote er nooit op mogen rekenen dat zij bij wijze van een fait accompli een verblijfsrecht zou kunnen verwerven louter door Denemarken binnen te komen met een toeristenvisum. Tenslotte gaf de verzoeker aan dat indien hij betaalde tewerkstelling zou vinden in Ghana, hij en zijn gezin zich daar zouden kunnen vestigen. Er was volgens het Hof dan ook geen schending van artikel 8 EVRM.<sup>939</sup>

---

<sup>938</sup> De keuze voor dit tijdstip als relevant toetsingsmoment wordt in de *joint dissenting opinion* van rechters Sajó, Vucinic en Küris sterk bekritiseerd als selectief en kunstmatig, en laat bovendien niet toe om rekening te houden met ontwikkelingen die dateren van na 2004. Deze rechters merken tevens op dat het Hof in deze zaak geen rekening lijkt te houden met het belang van het betrokken kind, minstens daarvan geen melding maakt.

<sup>939</sup> EHRM 25 maart 2014, nr. 38590/10, *Biao v. Denemarken*, par. 52-60. Het Hof sprak zich ook uit over een eventuele schending van artikel 14 in samenhang met artikel 8 EVRM (par. 77-107). De verzoeker voerde aan dat hij op grond van zijn ethniciteit werd gediscrimineerd in de toepassing van de 28jaarstermijn maar dit werd door het Hof niet gegrond bevonden. Het Hof stelt vast dat op het gekozen toetsingsmoment in 2004, de verzoeker nog maar sinds twee jaar de Deense nationaliteit had verworven. De weigering om, na zulke korte termijn, verzoeker vrij te stellen van de bindingsvereiste, was volgens het Hof niet disproportioneel in het licht van het doel van de 28jaarstermijn, met name een vrijstelling van de bindingsvereiste toekennen aan personen die langdurige en duurzame banden hebben met Denemarken zodat het onproblematisch is om gezinshereniging toe te staan omdat het normalerwijze mogelijk moet zijn voor de buitenlandse echtgenoot om op succesvolle wijze te integreren in de Deense samenleving. Felle kritiek werd hierop geuit in de *joint dissenting opinion* van rechters Sajó, Vucinic en Küris. Het verzoek tot verwijzing naar de Grote Kamer werd aanvaard op 8 september 2014.

D. Het onderscheid tussen “verwijdering” en “weigering tot verblijf” op de helling : billijke belangafweging

357. Er is kritiek op het feit dat het Hof een onderscheid maakt tussen zgn. ‘admission cases’ en ‘expulsion cases’, een onderscheid dat volgens verschillende auteurs enigszins kunstmatig aandoet en in de praktijk niet steeds duidelijk te maken is.<sup>940</sup> Vooral wanneer het gaat om situaties betreffende van een bestaand gezinsleven of privéleven op het grondgebied, lijkt het onderscheid tussen regelmatig verblijvende vreemdelingen (waar de verwijdering een inmenging uitmaakt van het gezinsleven en/of privéleven en aanleiding kan geven tot een eventuele negatieve verplichting) en illegaal of precair verblijvende vreemdelingen (waar er bij de weigering van de verblijfsvergunning geen sprake is van inmenging maar wel van een eventuele positieve verplichting) niet zo voor de hand liggend. Of het nu het privéleven en/of het gezinsleven van de regelmatig of illegaal verblijvende vreemdelingen betreft: de verwijdering of weigering van de verblijfsvergunning zal in wezen steeds de uitoefening van het bestaande gezinsleven en/of privéleven belemmeren.

Het Hof lijkt hier zelf op terug te komen (“*the boundaries between the State’s positive and negative obligations under this provision do not lend themselves to precise definition*”) en oordeelde in de zaak *Núñez* dat in beide gevallen de toepasselijke beginselen dezelfde zijn, nl. de vraag of de Staat binnen zijn beleidsmarge een billijke afweging heeft gemaakt tussen de concurrerende belangen van het individu en het algemeen belang. Het was dus niet nodig om te bepalen of de betwiste beslissing, m.n. de verwijderingsmaatregel en het inreisverbod geldig voor twee jaar, een inmenging uitmaakt op de uitoefening van het recht op de eerbiediging van het gezinsleven of eerder moest worden gezien als een beweerde nalatigheid van de verdragsluitende Staat om een positieve verplichting na te leven.<sup>941</sup> Wanneer moet worden aangetoond dat een Staat de beleidsmarge heeft overschreden door geen billijke belangenafweging te maken, heeft een illegaal verblijvende vreemdeling wel een zwaardere ‘bewijslast’ dan een regelmatig verblijvende vreemdeling.

358. Ook uit de zaak *Hamidovic* blijkt dat het Hof geen onderscheid maakt tussen zogenaamde ‘admission cases’ en ‘expulsion cases’. Deze zaak betrof een Roma-vrouw die sinds haar tien jaar in Italië verbleef. Tijdens de periode 1996-1997 bezat deze vrouw een tijdelijke verblijfsvergunning. Een verder verblijfsrecht werd haar in 1999 onttrokken wegens gepleegde criminele feiten. Na een identiteitscontrole in 2005 werd de vrouw in detentie genomen en verwijderd naar Bosnië-Herzegovina wegens illegaal verblijf. De vrouw had ondertussen vijf kinderen voortgebracht die allen in Italië leefden. Het Hof wees tegelijk op de positieve verplichtingen voor een Staat onder artikel 8 EVRM, alsook op het feit dat een verwijdering een inmenging uitmaakt in het gezins- en privéleven van een vreemdeling, tenzij deze inmenging in overeenstemming met de wet plaatsvindt, een legitiem doel nastreeft en proportioneel is met het nagestreefde doel. Het Hof trok niet in twijfel dat de vrouw een uitgebreid netwerk van persoonlijke, sociale en economische relaties had uitgebouwd in Italië. Voorts stelde het Hof het bestaan van een gezinsleven vast. De verwijderingsmaatregel was genomen in overeenstemming met de wet en streefde een legitiem doel na, met name het garanderen van de openbare veiligheid en orde. Wat betreft de beoordeling van de proportionaliteit van de verwijderingsmaatregel, paste het Hof de zgn. *Üner*-criteria toe. Zo

---

<sup>940</sup> In die zin H. STOREY, “The Right to Family Life and Immigration Case-Law at Strasbourg”, *ICLQ* 1990, 336-340; H. LAMBERT, *The Position of Aliens in Relation to the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2007, 68 en S. SAROLEA, “Le droit au regroupement de famille. La famille à l’épreuve de la migration. Migrer ou vivre en famille... faut-il choisir?” in M.-C. FOLETS, D. VANHEULE en M. MAES, *Migratie- en migrantenrecht deel 14, Dertig jaar Vreemdelingenwet*, Brugge, die Keure, 2011, 388-389.

<sup>941</sup> EHRM 28 juni 2011, nr. 55597/09, *Núñez v. Noorwegen*, par. 68-69.

stelde het Hof vast dat er in casu geen sprake was van ernstige crininele feiten. De veroordeling wegens bedelen met gebruik van minderjarigen was omgezet in een boete en overige strafvervolgingen waren zonder gevolg geklasseerd. Aangezien de vijf kinderen zonder onderbreking in Italië waren opgegroeid, was er geen sprake van enige band met Bosnië-Herzegovina, zodat het weinig realistisch was dat de kinderen hun moeder daar zouden vervoegen. Hoewel de verzoekster haar preciaire verblijfssituatie sinds 1999 niet kan ontkennen, verbleef zij in de periode 1996-1997 legaal in het land en was zij nu in het bezit van een verblijfsvergunning tot december 2013. Aldus bevond de verzoekster zich volgens het Hof niet in een situatie waar zij op geen enkel moment redelijkerwijze kon verwachten om haar gezinsleven verder te zetten in Italië. Niettemin werd zij door de verwijderingsmaatregel ruim een jaar van haar kinderen gescheiden. De verwijderingsmaatregel was bijgevolg niet in verhouding met het nagestreefde legitieme doel.<sup>942</sup>

In de zaak *Butt* tenslotte, stelde het Hof vast dat de verzoekers, respectievelijk broer en zus, van Pakistaanse nationaliteit, reeds in 1989 in Noorwegen aankwamen samen met hun moeder, maar dat zij niet als langdurig verblijvende migranten konden worden beschouwd (*settled migrants*) aangezien zij van 1992 tot 1996 (heimelijk) in Pakistan verbleven.<sup>943</sup> Aldus oordeelde het Hof dat dezelfde benadering moest worden gehanteerd als deze in de zaak *Núñez*, nl. er moet worden nagaan of er een billijke belangenafweging heeft plaatsgevonden. In casu wees het Hof erop dat de verzoekers grote delen van hun kindertijd en hun volledige adolescentie hadden doorgebracht in Noorwegen. Het was pas in 2001 dat de verzoekers bewust werden van hun illegale verblijfsstatus, nadat hun moeder onderdook. Tegen dan hadden de verzoekers reeds een gezins- en privéleven uitgebouwd in Noorwegen. Er kan de verzoekers niet worden verweten dat zij de Noorse Staat voor een *fait accompli* hebben gesteld aangezien de Noorse Staat toen niet was overgegaan tot hun verwijdering. De verzoekers konden redelijkerwijze oordelen dat de Noorse Staat niet van hen verwachtte dat ze op eigen benen het land verlieten, althans niet voor hun meerderjarigheid in 2003 en 2004. Het was ook moeilijk om de verzoekers verantwoordelijk te stellen voor het feit dat ze Noorwegen niet hadden verlaten aangezien hun moeder ervoor had gekozen om onder te duiken. Nadat hun moeder in 2005 gedwongen werd verwijderd, werden de verzoekers wederom niet verwijderd, aangezien zij werden verwacht een zitting van het Oslo City Court bij te wonen waar het geschil vervolgens in hun voordeel werd beslecht. Aldus twijfelde het Hof of de verblijfsweigering noodzakelijk was in een democratische samenleving in het licht van de lange duur van het illegaal verblijf van de verzoekers in Noorwegen. Hoewel de langdurigheid van dit illegaal verblijf niet volledig te wijten is aan de Noorse overheden, was ook duidelijk dat het gedrag van de verzoekers' moeder en de gevolgen ervan, met name het onderduiken, niet kon worden toegerekend aan de verzoekers. Het bestaan van sterke gezinsbanden en een privéleven werd vastgesteld. In tegenstelling daarmee waren de banden van de verzoekers met Pakistan zwak, gezien hun kort verblijf daar. Er was geen contact meer met hun vader sinds 1996 en hun moeder was gestorven in 2007. Het Hof stelde vast dat de verzoekers niet in staat waren om Urdu te schrijven en een kinderlijke variant ervan spraken. Hoewel ze goed Engels spraken, een officiële taal in Pakistan, werd aangenomen dat de verzoekers bij hun terugkeer sociale en professionele moeilijkheden zouden ondervinden. Deze elementen maakten dat er sprake was van uitzonderlijke omstandigheden. Aldus oordeelde het Hof dat er geen billijke afweging hadden plaatsgevonden tussen de migratiecontrole, enerzijds, en het gezins- en privéleven van de verzoekers, anderzijds.

---

<sup>942</sup> EHRM 4 december 2012, nr. 31956/05, *Hamidovic v. Italië*, par. 39-47.

<sup>943</sup> EHRM 4 december 2012, nr. 47017/09, *Butt v. Noorwegen*, par. 76-91.

### **§ 3. Artikel 12 EVRM**

359. Net zoals bij artikel 8 EVRM, wordt soms, zij het in minder mate, het recht om te huwen en een gezin te stichten ingeroepen om de verwijdering van een vreemdeling of een weigering tot de toelating van binnenkomst en/of verblijf te betwisten. In tegenstelling tot artikel 8 EVRM, houdt artikel 12 EVRM geen toelaatbare gronden van inmenging in voor een Staat die ‘in overeenstemming met de wet’ en als ‘noodzakelijk in een democratische samenleving’ kunnen worden opgelegd. Het onderzoek naar een beweerde schending van artikel 12 EVRM gebeurt dus niet op basis van de toets naar ‘noodzakelijkheid’ of een zgn. ‘*pressing social need*’. Eerder zal worden nagegaan of de beweerde inmenging willekeurig of disproportioneel is, rekening houdend met de beleidsmarge van Staten.<sup>944</sup>

360. De vaste rechtspraak van het Hof stelt dat artikel 12 EVRM een recht inhoudt om te huwen maar niet op een plaats naar keuze. Enkel wanneer de huwelijksplannen concreet en ernstig zijn en er niet redelijkerwijze kan worden gevraagd om het huwelijk elders te sluiten, kan een verwijdering in strijd zijn met artikel 12 EVRM.<sup>945</sup> In de zaak *Abdulaziz, Cabales en Balkandali* oordeelde het Hof dat hoewel artikel 8 EVRM het bestaan van een gezinsleven veronderstelt, “*this does not mean that all intended family life falls entirely outside its ambit*”.<sup>946</sup> Dit impliceert dat een illegaal verblijvende vreemdeling die in het huwelijk wenst te treden in een verdragsluitende Staat zich zou kunnen beroepen op artikel 8 EVRM, maar ook hier zal gelden dat artikel 8 EVRM niet wordt geschonden indien het voorgenomen gezinsleven elders kan worden opgebouwd.

361. Ook met betrekking tot het recht om een gezin te stichten, wordt gesteld dat de verwijdering of weigering van binnenkomst geen schending inhoudt van artikel 12 EVRM, indien het voor de partner redelijkerwijze mogelijk is om de betrokken vreemdeling te volgen naar het land van terugkeer.<sup>947</sup> Indien het koppel reeds gehuwd is en aanvoert een gezin te willen stichten in een verdragsluitende Staat, zal blijken dat artikel 12 EVRM geen verplichting neerlegt voor Staten om de keuze van de woonplaats van getrouwde koppels te eerbiedigen of om echtgenoten met een andere nationaliteit tot verblijf toe te laten om de keuze van de woonplaats te faciliteren.<sup>948</sup> De verwijdering of het weigeren van het verblijf wordt in deze gevallen echter eerder vanuit de invalshoek van artikel 8 EVRM onderzocht, omdat het gezinsleven in elk geval de relatie omvat die voortvloeit uit een wettelijk en oprecht huwelijk. Zulke huwelijken worden door het Hof dan ook als voldoende beschouwd “*to attract such respect as may be due under Article 8*,”<sup>949</sup> maar ook hier zal het Hof stellen dat artikel 8 EVRM geen verplichting neerlegt voor Staten om de keuze van de woonplaats van getrouwde koppels te eerbiedigen of om echtgenoten met een andere nationaliteit tot een verblijf toe te

---

<sup>944</sup> EHRM 14 december 2010, nr. 34848/07, *O'Donoghue e.a. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 84.

<sup>945</sup> Europese Commissie Mensenrechten, 12 juli 1976, nr. 7175/75, *X. v. Federale Republiek Duitsland* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>946</sup> EHRM 28 mei 1985, nrs. 9214/80, 9473/81 en 9474/81, *Abdulaziz, Cabales en Balkandali v. Verenigd Koninkrijk*, par. 62.

<sup>947</sup> Europese Commissie Mensenrechten 16 juli 1965, nr. 2535/65; *X. v. Federale Republiek Duitsland* (onontvankelijkheidsbeslissing); Europese Commissie Mensenrechten 8 februari 1972, nr. 5269/71, *X. v. Verenigd Koninkrijk* (onontvankelijkheidsbeslissing); Europese Commissie Mensenrechten 3 oktober 1971, nr. 5301/71, *X. v. Verenigd Koninkrijk* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>948</sup> Europese Commissie Mensenrechten 16 januari 1996, nr. 25050/94, *Yavuz v. Oostenrijk* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>949</sup> EHRM 28 mei 1985, nrs. 9214/80, 9473/81 en 9474/81, *Abdulaziz, Cabales en Balkandali v. Verenigd Koninkrijk*, par. 62.



laten om de keuze van de woonplaats te faciliteren.<sup>950</sup> Er zal bovendien ook rekening worden gehouden met het feit of het huwelijk al dan niet tijdens het illegaal verblijf werd gesloten.<sup>951</sup>

362. Met betrekking tot het schijnhuwelijk stelde het Hof in een recente zaak dat: “*Article 12 secures the fundamental right of a man and woman to marry and found a family. (...) It is subject to national laws of Contracting States but the limitations thereby introduced must not restrict or reduce the right in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired.(...) In the context of immigration laws and for justified reasons, the States maybe entitled to prevent marriages of convenience, entered solely for the purpose of securing an immigration advantage. However, the relevant laws – which must also meet the standards of accessibility and clarity required by the Convention – may not otherwise deprive a person or a category of persons of full legal capacity of the right to marry with the partners of their choice.*”<sup>952</sup> Het Hof aanvaardt dat Staten redelijke voorwaarden opleggen opdat een vreemdeling kan trouwen, met het doel om schijnhuwelijken tegen te gaan. Ze mogen daarbij de huwelijksaanvragen laten onderzoeken op indicaties van een schijnhuwelijk. Een algemene, automatische en willekeurige beperking op een EVRM-bepaling valt echter buiten elke aanvaardbare beleids marge, hoe ruim die ook mag zijn. Een allesomvattend verbod op de uitoefening van het recht om te trouwen voor alle personen in een bepaalde categorie, zonder enige poging om de oprechtheid van de geplande huwelijken te onderzoeken, of het opleggen van een retributie van een zodanig hoog bedrag dat een arme vreemdeling het zich niet kan veroorloven, beperkt het recht om te huwen in zulke mate “*that the very essence of the right*” wordt aangetast.<sup>953</sup>

---

<sup>950</sup> EHRM 28 mei 1985, nrs. 9214/80, 9473/81 en 9474/81, *Abdulaziz, Cabales en Balkandali v. Verenigd Koninkrijk*, par. 68.

<sup>951</sup> Europese Commissie Mensenrechten 21 oktober 1997, nr. 34025/96, *Gelaw v. Zweden* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>952</sup> EHRM 14 december 2010, nr. 34848/07, *O'Donoghue e.a. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 83.

<sup>953</sup> EHRM 14 december 2010, nr. 34848/07, *O'Donoghue e.a. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 86-92.

#### **§4. Artikel 2 Protocol nr. 1 bij het EVRM**

363. Omdat het van belang is voor de volgende onderdelen van het proefschrift die handelen over EU-geharmoniseerde en nationale vormen van bijkomende bescherming, wordt nog kort verwezen naar artikel 2 Protocol nr. 1, dat bepaalt dat aan niemand het recht op onderwijs mag worden ontczegd.

In de zaak *Timishev v. Rusland* benadrukte het Hof het fundamenteel belang en de absolute aard van het recht op onderwijs.<sup>954</sup> In sterke bewoordingen stelde het Hof dat: *“This provision has no stated exceptions and its structure is similar to that of Articles 2 and 3, Article 4 § 1 and Article 7 of the Convention (“No one shall...”), which together enshrine the most fundamental values of the democratic societies making up the Council of Europe. In a democratic society, the right to education, which is indispensable to the furtherance of human rights, plays such a fundamental role that a restrictive interpretation of the first sentence of Article 2 of Protocol No. 1 would not be consistent with the aim or purpose of that provision. This right is also to be found in similar terms in other international instruments such as the Universal Declaration of Human Rights (Article 26), the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (Article 13), the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Article 5(e)(v)), and the Convention on the Rights of the Child (Article 28). There is no doubt that the right to education guarantees access to elementary education which is of primordial importance for a child’s development.”*<sup>955</sup> Aldus vervolgde het Hof: *“the Convention and its Protocols do not tolerate a denial of the right to education”*.<sup>956</sup>

364. Deze conclusie uit de zaak *Timishev* werd evenwel bij monde van latere rechtspraak genuanceerd. In de zaak *Catan* benadrukte de Grote Kamer van het Hof dat, ondanks het belang ervan, het recht op onderwijs niet absoluut is, maar kan onderworpen worden aan beperkingen.<sup>957</sup> Deze beperkingen mogen echter niet in strijd zijn met andere rechten die door het EVRM en de protocollen worden gewaarborgd. Aangezien het EVRM en de protocollen als een geheel dienen te worden beschouwd, moet het recht op onderwijs, waar nodig, zowel t.a.v. de ouders als de kinderen, worden gelezen in het licht van artikel 8 EVRM (recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven), artikel 9 EVRM (recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst) en van artikel 10 EVRM (vrijheid van meningsuiting).

Door het recht op onderwijs te verbinden aan de artikelen 8 tot en met 10 EVRM, die relatief van aard zijn, vervolgde het Hof als volgt zijn redenering: *“The Court however recognises that, in spite of its importance, the right to education is not absolute, but may be subject to limitations. Provided that there is no injury to the substance of the right, these limitations are permitted by implication since the right of access “by its very nature calls for regulation by the State” (...). In order to ensure that the restrictions that are imposed do not curtail the right in question to such an extent as to impair its very essence and deprive it of its effectiveness, the Court must satisfy itself that they are foreseeable for those concerned and pursue a legitimate aim. However, unlike the position with respect to Articles 8 to 11 of the Convention, it is not bound by an exhaustive list of “legitimate aims” under Article 2 of Protocol No. 1 (...). Furthermore, a limitation will only be compatible with Article 2 of Protocol No. 1 if there is a reasonable relationship of proportionality between the means*

---

<sup>954</sup> EHRM 13 december 2005, nr. 55762/00 en 55974/00, *Timishev v. Rusland*, par. 64.

<sup>955</sup> EHRM 13 december 2005, nr. 55762/00 en 55974/00, *Timishev v. Rusland*, par. 64.

<sup>956</sup> EHRM 13 december 2005, nr. 55762/00 en 55974/00, *Timishev v. Rusland*, par. 66.

<sup>957</sup> EHRM 19 oktober 2012, nrs. 43370/04, 8252/05 en 18454/06, *Catan e.a. v. Moldavië*, 136 e.v.

*employed and the aim sought to be achieved (...). Although the final decision as to the observance of the Convention's requirements rests with the Court, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in this sphere. This margin of appreciation increases with the level of education, in inverse proportion to the importance of that education for those concerned and for society at large.*"<sup>958</sup>

365. Kan een verwijdering of een weigering van verblijf het recht op onderwijs schenden? Uit de zaak *Catan* volgt dat het van belang zal zijn om uit te maken in welke mate de verwijdering van de betrokkene de kern van zijn recht op onderwijs aantast. In die zin zal, ondanks het belang ervan, het recht op onderwijs bij eventuele verwijdering, in een individueel geval, niet steeds aanleiding geven tot ernstig en onherstelbaar lijden.

Zeer veel rechtspraak bestaat hierover nog niet. In een vroegere zaak, die voorafging aan de zaken *Timishev* en *Catan*, oordeelde de Europese Commissie Mensenrechten dat "*Article 2, first sentence, does not grant a right for an alien to stay in a given country. An alien's 'right to education' is independent of his right, if any, to stay in the country and does not protect or, as a corollary, include this latter right. The refusal of permission to remain in the country cannot be regarded as an interference with the right to education, but only as a control of immigration which falls outside the scope of Article 2.*"<sup>959</sup> De Europese Commissie Mensenrechten boog zich in de zaak over het verzoek van 15 buitenlandse studenten die in het Verenigd Koninkrijk verder wensten te verblijven om hun studies af te ronden. Ze voerden aan dat hun verwijdering een weigering zou vormen van hun recht op onderwijs en argumenteerden dat het prerogatief van Staten op de migratiecontrole wordt beperkt wanneer de uitoefening van dit prerogatief op indirecte wijze het Verdrag schendt. Ze verwezen voor dit argument naar rechtspraak m.b.t. artikelen 3 en 8 EVRM. De Commissie antwoordde dat de rechtspraak inzake artikel 3 EVRM niet bij analogie op het recht op onderwijs kon worden toegepast. Immers, de beoordeling van indirecte schendingen onder artikel 3 EVRM heeft betrekking op de situatie of een behandeling in het land van herkomst en betreft enkel zeer ernstige mensenrechtenschendingen.<sup>960</sup> De rechtspraak onder artikel 8 EVRM is eveneens niet van toepassing, omdat er geen sprake zal zijn van inmenging in het gezinsleven als er geen hinderpaal is die verhindert dat het gezinsleven elders wordt voortgezet. In casu, oordeelde de Commissie, hadden de verzoekers niet aangetoond dat ze onmogelijk elders verder onderwijs zouden kunnen genieten. Bovendien verduidelijkte de Commissie dat het recht op onderwijs voornamelijk het recht op lager onderwijs betreft en niet het recht op hogere studies, zoals de verzoekers beoogden. De Commissie besloot dat de verwijdering van een buitenlandse student *in principe* geen inmenging vormt op zijn recht op onderwijs. Volgens Van Dijk en Van Hoof laat dit een opening toe naar uitzonderlijke gevallen waar de verwijdering zou leiden tot het ontnemen van elke vorm van lager onderwijs.<sup>961</sup> Deze redenering zou m.i. steek kunnen houden, in het bijzonder gelet op het feit dat het Hof heden veel belang hecht aan het recht op onderwijs. Indien er in het land van herkomst of bestemming onoverkomelijke hinderpalen bestaan die de voorzetting van elke vorm van lager onderwijs verhinderen, bijvoorbeeld wegens een taalprobleem of het gebrek aan financiële middelen, dan zou de verwijdering, in uitzonderlijke gevallen, de kern van het recht op

---

<sup>958</sup> EHRM 19 oktober 2012, nrs. 43370/04, 8252/05 en 18454/06, *Catan e.a. v. Moldavië*, 140.

<sup>959</sup> Europese Commissie Mensenrechten 19 mei 1977, nr. 7671/76 e.a., *Vijftien buitenlandse studenten v. Verenigd Koninkrijk* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>960</sup> Niettemin kan men aanvoeren dat, gelet op het fundamenteel en absoluut karakter van het recht op onderwijs, er wel sprake zou kunnen zijn van een impliciet non-refoulementbeginsel.

<sup>961</sup> P. VAN DIJK, F. VAN HOOFF, A. VAN RIJN, L. ZWAAN, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 908-909.

onderwijs kunnen schenden. Deze redenering werd alsnog niet bevestigd in de rechtspraak van het Hof.<sup>962</sup>

### **§ 5. De gevolgen verbonden aan de interne bescherming onder artikelen 3, 8 en 12 EVRM: de inhoud van de verleende bescherming en de toegang tot de bescherming**

#### **A. Het verbod op de verwijdering en/of toelating tot een (voortgezet) verblijf op het grondgebied**

366. Ook hier wordt het prerogatief van de verdragsluitende Staten inzake de migratiecontrole beperkt wanneer een verwijderingsmaatregel leidt tot een schending van de rechten onder het EVRM die de vreemdeling op het grondgebied van de verdragsluitende Staat zelf geniet. De principiële verplichting van Staten bestaat er dan in om een verwijdering niet (meer) uit te voeren wanneer de vreemdeling fysiek of mentaal te ziek is om te reizen of wanneer een vreemdeling met een onzekere identiteit op herhaaldelijke wijze onsuccesvol wordt verwijderd en dit een ernstige impact heeft op zijn situatie.

Voorts is er een negatieve verplichting voor Staten om zich te onthouden van de daadwerkelijke (gedwongen) verwijdering<sup>963</sup> alsook een positieve verplichting voor Staten om een vreemdeling op het grondgebied te laten (verder) verblijven wanneer de verwijdering of een negatieve verblijfsbeslissing op disproportionele wijze het gezinsleven of privéleven van de vreemdeling schendt, alsook het recht om te huwen en een gezin te stichten. In die zin verduidelijkt het Hof in *Rodrigues da Silva en Hoogkamer* alsook in *Núñez* dat in zeer uitzonderlijke gevallen er een positieve verplichting kan bestaan om een illegaal verblijvende vreemdeling op het grondgebied van een Staat te laten verblijven, in het bijzonder wanneer de belangen van de betrokken kinderen de balans doen omslaan in het voordeel van de betrokken vreemdeling. Het illegaal verblijf van de ouder mag dan in die bijzondere omstandigheden niet aan de kinderen worden toegerekend.<sup>964</sup>

#### **B. Status, verblijf en daarbij horende rechten**

367. Onder het EVRM worden de bovenstaande negatieve en positieve verplichtingen in beginsel niet gekoppeld aan de toekenning van een bepaalde juridische status of een verblijfsrecht. Wel houden deze negatieve en positieve verplichtingen minstens in dat de vreemdeling voorlopig wordt getolereerd op het grondgebied van de verdragsluitende Staat. Uit de rechtspraak van artikel 12 EVRM kan worden afgeleid dat indien het recht om te huwen op disproportionele wijze wordt geschonden door een verwijderingsmaatregel of een weigering van de toelating tot verblijf, de vreemdeling minstens getolereerd wordt voor de duur van de tijd die nodig is om het huwelijk te sluiten. Er kan worden aangenomen dat de

---

<sup>962</sup> Een beperkte indicatie in die richting is terug te vinden in de zaak *Fadele*, waar de Commissie rekening hield met het feit dat door het verblijf te weigeren aan de vader in het Verenigd Koninkrijk, de kinderen genoodzaakt waren om het gezinsleven in Nigeria verder te zetten, waar ze echter niet meer naar school gingen aangezien ze geen van de gebruikte talen in Nigeria machtig waren en zich niet konden veroorloven om naar Engelstalige scholen te gaan. Zie Europese Commissie Mensenrechten 12 februari 1990, nr. 13078/87, *Fadele v. Verenigd Koninkrijk* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>963</sup> De afgifte van een verwijderingsmaatregel op zich maakt geen schending uit van artikel 8 EVRM indien deze verwijdering niet wordt uitgevoerd. Zie bijvoorbeeld EHRM 10 april 2003, nr. 53470/99; *Mehemi v. Frankrijk* (nr. 2), par. 54: "Thus the applicant ran no proximate or imminent risk..."; EHRM 8 februari 2001, nr. 35424/97, *Delijaj v. Duitsland*: "the applicant's expulsion is currently not enforced"; EHRM 7 december 2007, nr. 58822/00, *Shevanova v. Letland*, par. 46; EHRM 11 februari 2010, nr. 31465/08, *Raza v. Bulgarije*; par. 56: "The Court finds that the decision to expel Mr. Raza, if put into effect, would violate Article 8 of the Convention."

<sup>964</sup> Zie in die zin ook S. SAROLEA, "Le droit au regroupement de famille. La famille à l'épreuve de la migration. Migrer ou vivre en famille... faut-il choisir?" in M.-C. FOLETS, D. VANHEULE en M. MAES, *Migratie- en migrantenrecht deel 14, Dertig jaar Vreemdelingenwet*, Brugge, die Keure, 2011, 408-410.

verwijderingsmaatregel eveneens niet wordt uitgevoerd zolang de vreemdeling fysiek of mentaal te ziek is om te reizen.

368. De vraag rijst of er in bovenstaande gevallen een verplichting bestaat die ruimer is dan enkel het tolereren van de aanwezigheid van de vreemdeling op het grondgebied van de Staat.

Uit de zaak *Harabi* blijkt dat het Hof toch ergens verwacht dat overheden een vreemdeling met een onzekere identiteit die, buiten zijn eigen wil om, niet verwijderd kan worden, actief bijstaan in het zoeken van oplossingen. Daarbij lijkt het Hof verschillende oplossingen voor ogen te hebben: enerzijds, dat de Staat op zoek gaat naar een land dat de vreemdeling wil opnemen, en, anderzijds, bij een gebrek aan een alternatief opvangland, dat de Staat maatregelen neemt om zijn situatie te ‘regulariseren’.<sup>965</sup>

369. Of artikel 8 EVRM eveneens de toekenning van een verblijfsvergunning of regularisatie van een verblijfssituatie inhoudt, is niet zo eenduidig. In de zaken *Rodrigues da Silva en Hoogkamer* alsook in *Núñez* oordeelde het Hof enkel dat de verdragsluitende Staten in kwestie door de verblijfsweigering aan de betrokken vreemdelingen geen billijke afweging hadden gemaakt tussen de belangen van het individu (en in ruimere zin die van de betrokken kinderen) en de belangen van de samenleving. Dit betekent dat de Staten de betrokken vreemdelingen minstens niet mogen verwijderen en dus moeten laten blijven op het grondgebied, maar het Hof stipuleerde niet uitdrukkelijk dat dit de toekenning van een verblijfsvergunning inhield of een regularisatie van het verblijf, hoewel het oordeel van het Hof dit impliceert.

370. Het Hof heeft herhaaldelijk gesteld dat “*Article 8 cannot be construed as guaranteeing, as such, the right to a particular type of residence permit.*”<sup>966</sup> Het Hof verduidelijkte evenwel: “*Par ailleurs, l'article 8 de la Convention ne vas pas jusqu'à garantir à l'intéressé le droit à un type particulier de titre de séjour (permanent, temporaire ou autre), à condition que la solution proposée par les autorités lui permette d'exercer sans entrave ses droits au respect de la vie privée et familiale.*”<sup>967</sup> In de zaak *Sisojeva nr. 1* voegde het Hof toe: “*It is not enough for the host state to refrain from deporting the person concerned; it must also by means of positive measures if necessary, afford him or her the opportunity to exercise the rights in question without interference.*”<sup>968</sup> Essentieel is dus dat de verdragsluitende Staat zich niet enkel onthoudt van verwijdering, maar ook een oplossing biedt die ervoor zorgt dat de vreemdeling in kwestie ongestoord zijn recht op eerbiediging van het gezinsleven en/of privéleven kan uitoefenen. De keuze van het meest geschikte middel om dit doel te bereiken is in beginsel een zaak voor de nationale overheden.<sup>969</sup>

371. Het onthouden van een verblijfsvergunning of een verblijfsstatus aan een vreemdeling kan dus op zich ook onder de draagwijdte en bescherming van artikel 8 EVRM vallen.

Uit de zaak *Polidario* blijkt dat het Hof zwaar tilde aan het gegeven dat, hoewel de verzoekster vanaf 4 juni 2010 een bezoekrecht werd toegestaan, en werd gepreciseerd dat het bezoekrecht in Zwitserland moest uitgeoefend worden, zij geen machtiging kreeg tot verblijf. Dit had tot gevolg dat de verzoekster in illegaal verblijf en zonder juridische status (“*sans bénéficiaire d'un statut juridique*”), haar bezoekrecht uitoefende gedurende de periode van 2010 tot 2012.

---

<sup>965</sup> EHRM 5 maart 1986, nr. 10798/84, *Harabi v. Nederland* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>966</sup> EHRM 15 januari 2007, nr. 60654/00, *Sisojeva e.a. v. Letland*, par. 91.

<sup>967</sup> EHRM 29 april 2003, nr. 66729/01, *Dremlyuga v. Letland* (onontvankelijkheidsbeslissing); EHRM 17 januari 2006, nr. 51431/99, *Aristimuno Mendizabal v. Frankrijk*, par. 66.

<sup>968</sup> EHRM 16 juni 2005, nr. 60654/00, *Sisojeva e.a. v. Letland*, par. 104.

<sup>969</sup> EHRM 15 januari 2007, nr. 60654/00, *Sisojeva e.a. v. Letland*, par. 90.

Hoewel de verblijfssituatie van de verzoekster daarna werd geregulariseerd meende het Hof dat haar de daadwerkelijke uitoefening van haar gezinsleven met het kind was ontzegd, onder meer door de weigering van een verblijfsvergunning. Daar waar een familieband bestaat, dient de Staat immers in beginsel zodanig te handelen dat die band kan worden ontwikkeld en de geëigende maatregelen te nemen om de betrokken ouder en het kind te verenigen. Door te falen om spoedig te handelen m.b.t. de terugkeer van het kind en door het hoederecht en een verblijfsvergunning te weigeren aan de verzoekster, werden de persoonlijke relaties tussen de verzoekster en het kind ernstig aangetast en dit tijdens een cruciale periode. Het Hof besloot dan ook dat de Zwitserse overheden hun positieve verplichting om passende maatregelen te nemen om de banden tussen de verzoekster en het kind te behouden en te waarborgen niet hebben vervuld.<sup>970</sup>

In de zaak *Kuric* onderzocht het Hof de weigering van een verblijfsrecht aan vroegere burgers van Joegoslavië die een permanent verblijf in Slovenië hadden. Na de onafhankelijkheid van Slovenië hadden deze personen niet op tijd het Sloveense burgerschap aangevraagd of was hun aanvraag geweigerd. Ze werden geschrapt uit het Sloveense register van permanent ingezetenen en overgeschreven in het register van vreemdelingen zonder verblijfsvergunning. De meesten onder hen werden daardoor staatloos. Dit ging gepaard met ernstige en aanhoudende negatieve gevolgen: ze werden uit hun huis gezet, ze konden niet meer werken of reizen en verloren al hun persoonlijke bezittingen. Gedurende twintig jaar leefden ze in extreme ontbering. Het Hof stelde vast dat deze verzoekers in Slovenië een netwerk van persoonlijke, sociale, culturele, linguïstische en economische relaties hadden opgebouwd. De meesten onder hen hadden eveneens een gezinsleven ontwikkeld in Slovenië of onderhielden banden met hun families in Slovenië. Er was dus sprake van een privéleven en/of gezinsleven in Slovenië in de zin van artikel 8 EVRM. De verzoekers bevonden zich na het uiteenvallen van Joegoslavië in een preciaire situatie. De aanhoudende weigering van de Sloveense overheden om de situatie van de verzoekers op omvattende wijze te regelen, meer bepaald het falen om de geschikte wetgeving uit te vaardigen, in lijn met de arresten van 1999 en 2003 van het Sloveense Grondwettelijk Hof, en het nalaten van de toekenning van permanente verblijfsvergunningen aan deze verzoekers, werd als een inmenging in het gezinsleven en/of privéleven beschouwd, vooral met betrekking tot de staatlozen onder hen. Het Hof onderzocht of deze inmenging gerechtvaardigd was. Het Sloveense Grondwettelijk Hof had reeds geoordeeld dat de Sloveense wetgeving in deze materie, o.m. de Sloveense Vreemdelingenwet, ongrondwettelijk was omdat het niet voorzag in voorwaarden voor de verwerving van een permanent verblijfsrecht voor personen in deze situatie, alsook niet voorzag in een retroactieve afgifte van verblijfsvergunningen aan deze ‘geschrapte’ personen. Het Hof volgde de arresten van het Sloveense Grondwettelijk Hof en stelde vast dat deze ongrondwettelijke situatie al meer dan vijftien jaar duurde omdat de wetgevende en uitvoerende overheden geen gevolg hadden gegeven aan de arresten van het Grondwettelijk Hof. In het licht van de internationaalrechtelijke standaarden inzake het vermijden van staatloosheid, in het bijzonder bij statenopvolging, oordeelde het Hof dat Slovenië had gefaald in zijn positieve verplichtingen onder artikel 8 EVRM.<sup>971</sup>

Deze zaak werd doorverwezen naar de Grote Kamer van het Hof.<sup>972</sup> De Grote Kamer erkende eveneens het bestaan van een gezins- en privéleven in hoofde van de verzoekers in de zin van artikel 8 EVRM en onderzocht vervolgens of er sprake was van een inmenging in overeenstemming met de wet. Het Hof stelde vast dat de schrapping van de verzoekers uit het voormelde register gebaseerd was op de Burgerschapswet en de Vreemdelingenwet, beiden wetgevingsinstrumenten die toegankelijk waren voor de verzoekers. De verzoekers hadden

<sup>970</sup> EHRM 30 juli 2013, nr. 33169/10, *Polidario v. Zwitserland*, par. 68-78.

<sup>971</sup> EHRM 13 juli 2010, nr. 26828/06, *Kuric v. Slovenië*, par. 348-376.

<sup>972</sup> EHRM, Grote Kamer, 26 juni 2012, nr. 26828/06, *Kuric v. Slovenië*.

dus kunnen voorzien dat door hun falen om de Sloveense nationaliteit aan te vragen, zij als vreemdelingen zouden worden behandeld. Niettemin meende het Hof dat de verzoekers niet redelijkerwijze hadden kunnen verwachten, wegens de afwezigheid van enige bepaling daaromtrent, dat hun status als vreemdelingen zou leiden tot de onwettelijkheid van hun verblijf op Sloveens grondgebied en dus zou leiden tot een extreme maatregel zoals de schrapping uit de registers. Bovendien werd deze schrapping automatisch uitgevoerd, zonder enige voorgaande inlichting en zonder de mogelijkheid om voor de nationale bevoegde overheden deze schrapping te betwisten of verklaringen te geven over de redenen voor hun falen om de Sloveense nationaliteit aan te vragen. De afwezigheid van enige inlichting kan geleid hebben tot het geloof in hoofde van de verzoekers dat hun status als verblijfsgerechtigden onveranderd bleef. Het Hof hechtte ook veel belang aan de vaststelling in 1999 van het Grondwettelijk Hof dat de verzoekers zich in een juridisch vacuüm bevonden, aangezien de Vreemdelingenwet niet op hen van toepassing was. In 2003 beval het Grondwettelijk Hof dat maatregelen dienden genomen te worden. Tot minstens 2010 had het Sloveens rechtssysteem gefaald om de situatie van de geschrapte personen duidelijk te regelen. Het had meer dan zeven jaar geduurd, met name tot de inwerkingtreding van de Wet inzake de Juridische Status van 24 juli 2010, vooraleer daaraan gehoor werd gegeven. Aldus besloot de Grote Kamer dat de inmenging in het privé- of gezinsleven van de verzoekers geen voldoende wettelijke basis had.

Niettemin, gezien de omvangrijke gevolgen van de ‘schrapping’, achtte de Grote Kamer het nuttig om te onderzoeken of de maatregel in kwestie een wettelijk doel nastreefde. Op dit punt oordeelde de Grote Kamer dat de wens om een Sloveens burgerschap te creëren, waarbij burgers van de voormalige USSR in Slovenië de kans kregen om gedurende een korte periode het Sloveens burgerschap te verwerven, in het belang was van de nationale veiligheid en dus een wettelijk doel nastreefde. Vervolgens onderzocht de Grote Kamer of deze inmenging noodzakelijk was in een democratische samenleving, met name of het beantwoordde aan een dringende sociale nood en proportioneel was met het nagestreefde doel. Hierbij herhaalde het Hof dat het EVRM geen recht waarborgt aan een vreemdeling om een bepaald land binnen te komen en er te verblijven. Verdragsluitende Staten hebben het recht, als beginsel van het internationaal recht en met inachtneming van hun verdragsverplichtingen, om de binnenkomst, het verblijf en de verwijdering van vreemdelingen te controleren. Echter, zeer verrassend, stelde de Grote Kamer dat maatregelen die het recht op verblijf in een land beperken, in bepaalde gevallen een schending kunnen inhouden van artikel 8 EVRM, indien zij disproportionele gevolgen hebben op het privé- en/of gezinsleven van de betrokken individuen.<sup>973</sup>

Essentieel in het *Kuric* arrest van de Grote Kamer is de vaststelling dat aan de verzoekers door de schrapping een juridische status (*‘legal status’*) werd ontnomen, d.w.z. een juridische status die hen voorheen toegang gaf tot een brede waaier van rechten, zoals pensioenrechten of het lidmaatschap van een ziekenfonds, en mogelijkheden, zoals tewerkstelling. Aldus het Hof: *“Owing to the ‘erasure’ they experienced a number of adverse consequences, such as the destruction of identity documents, loss of job opportunities, loss of health insurance, the impossibility of renewing identity documents or driving licences, and difficulties in regulating pension rights. Indeed, the legal vacuum in the independence legislation (...) deprived the applicants of their legal status, which had previously given them access to a wide range of rights.”*<sup>974</sup> Hoewel de schrapping een gevolg was van de verzoekers’ falen om de Sloveense nationaliteit te verwerven, merkte het Hof op dat een vreemdeling die regelmatig

---

<sup>973</sup> EHRM, Grote Kamer, 26 juni 2012, nr. 26828/06, *Kuric v. Slovenië*, par. 355.

<sup>974</sup> EHRM, Grote Kamer, 26 juni 2012, nr. 26828/06, *Kuric v. Slovenië*, par. 356. Zie ook *“partly concurring partly dissenting opinion”* van rechter Vucinic, waarbij hij betoogt dat het recht op een juridische status inherent deel uitmaakt van artikel 8 EVRM.

verblijft in een land wel eens zijn verblijf zou willen voortzetten zonder daarom noodzakelijkerwijze de nationaliteit van dat land te verwerven. Het Hof herinnerde eraan dat hoewel artikel 8 EVRM in essentie het individu tegen willekeurig handelen door overheden beschermt, dit niet enkel vereist dat de Staat afziet van een dergelijke inmenging, maar dat er evenzeer een positieve verplichting kan bestaan inherent aan de daadwerkelijke ‘eerbiediging’ van het privé- en/of gezinsleven, in het bijzonder in het geval van langdurig verblijvende vreemdelingen, zoals de verzoekers. Het Hof besloot: *“The Court is of the opinion that, in the particular circumstances of the present case, the regularisation of the residence status of former SFRY citizens was a necessary step which the State should have taken in order to ensure that failure to obtain Slovenian citizenship would not disproportionately affect the Article 8 rights of the ‘erased’. The absence of such regulation and the prolonged impossibility of obtaining valid residence permits have upset the fair balance which should have been struck between the legitimate aim of the protection of national security and effective respect for the applicants’ rights to private or family life or both.”*<sup>975</sup> Door het falen van de Sloveense overheid om de ernstige gevolgen van de schrapping te remediëren met omvattende maatregelen en de nodige spoed, werd een schending van artikel 8 EVRM begaan.<sup>976</sup>

372. In het algemeen neemt het Hof aan dat het toekennen van een verblijfsvergunning de vreemdeling in staat stelt om ongehinderd zijn recht op de eerbiediging van het gezins- en/of privéleven uit te oefenen. Bijgevolg meende het Hof, eveneens in de zaak *Kuric*, dat het toekennen van een verblijfsrecht aan twee verzoekers geschikte en voldoende maatregelen waren om tegemoet te komen aan hun grief m.b.t. een schending van artikel 8 EVRM en hun grief dus niet langer meer ontvankelijk was.<sup>977</sup>

373. Soms wordt evenwel aangevoerd dat de weigering van een *bepaalde* verblijfsvergunning een schending inhoudt van artikel 8 EVRM, zowel met betrekking tot het gezinsleven als in bredere zin, m.n. het ontwikkelen en/of het behoud van persoonlijke, sociale en economische relaties. Het Hof antwoordt daarop: *“Where the domestic legislation provides for several different types, the Court must analyse the legal and practical implications of issuing a particular permit. If it allows the holder to reside within the territory of the host country and to exercise freely there the right to respect for his or her private and family life, the granting of such a permit represents in principle a sufficient measure to meet the requirements of that provision. In such cases, the Court is not empowered to rule on whether the individual concerned should be granted one particular legal status rather than another, that choice being a matter for the domestic authorities alone.”*<sup>978</sup> In die zin, oordeelde het Hof dat waar verblijfsvergunningen van tijdelijke aard werden bekomen wegens asielgerelateerde of andere gronden en niet op basis van het gezinsleven, er geen schending was van artikel 8 EVRM, omdat de verblijfsvergunning in kwestie niettemin toeliet om het recht op een gezinsleven of privéleven ongestoord uit te oefenen.<sup>979</sup>

374. In de *Mehemi nr. 1*-zaak had het Hof geoordeeld dat de verwijdering van de betrokken vreemdeling een disproportionele inmenging uitmaakte in zijn gezinsleven.<sup>980</sup> Als gevolg daarvan werd het verwijderingsbesluit ingetrokken en werd de vreemdeling herhaaldelijk en achtereenvolgend in het bezit gesteld van tijdelijke verblijfstitels. In de *Mehemi nr. 2*-zaak klaagde de vreemdeling, op basis van artikel 8 EVRM, aan dat hij enkel in het bezit was

<sup>975</sup> EHRM, Grote Kamer, 26 juni 2012, nr. 26828/06, *Kuric v. Slovenië*, par. 359.

<sup>976</sup> EHRM, Grote Kamer, 26 juni 2012, nr. 26828/06, *Kuric v. Slovenië*, par. 360-362.

<sup>977</sup> EHRM 13 juli 2010, nr. 26828/06, *Kuric v. Slovenië*, par. 311.

<sup>978</sup> EHRM 15 januari 2007, nr. 60654/00, *Sisojeva e.a. v. Letland*, par. 91.

<sup>979</sup> EHRM 10 maart 2009, nr. 1872/04, *Ibrahim Mohamed v. Nederland* (schrapping); EHRM 10 maart 2009, nr. 1869/04, *Said Botan v. Nederland* (schrapping).

<sup>980</sup> EHRM 26 september 1997, nr. 25017/94, *Mehemi v. Frankrijk*.



gesteld van een tijdelijke verblijfsvergunning die hem het recht ontnam op bepaalde sociale voordelen, zoals het recht op een leefloon. Deze grief werd door het Hof niet in rekening gebracht. Het Hof stelde kort dat hij geen recht had op een bepaalde verblijfsstatus in Frankrijk, aangezien hij in staat was om zijn gezinsleven uit te oefenen en bovendien in het bezit was gesteld van een werkvergunning.<sup>981</sup> De toekenning van deze tijdelijke verblijfsvergunningen stelden zijn voortgezet verblijf veilig, alsook de uitoefening van zijn gezinsleven.

375. In de zaak *Aristimuno Mendizabal*, weigerden de Franse overheden om de echtgenote van een ETA-leider, die was uitgeleverd aan Spanje, in het bezit te stellen van een vergunning voor een langdurig verblijf. Gedurende 14 jaar werden slechts tijdelijke verblijfsvergunningen aan de echtgenote toegekend. De aangevoerde schending van artikel 8 EVRM vloede hier niet voort uit maatregelen van verwijdering of uitzetting maar wel uit “*la situation de précarité et d’incertitude que la requérante a connue pendant une longue période. La requérante expose en effet – et le Gouvernement ne l’a pas démentie sur ce point – que la précarité de son statut et l’incertitude sur son sort ont eu d’importantes conséquences pour elle sur le plan matériel et moral (emplois précaires et disqualifiés, difficultés sociales et financières, impossibilité faute d’un titre de séjour de louer un local et d’exercer l’activité professionnelle pour laquelle elle avait entrepris une formation). La Cour considère que, dans les circonstances de l’espèce, la non délivrance d’un titre de séjour à la requérante pendant une aussi longue période, alors qu’elle résidait déjà régulièrement en France depuis plus de quatorze ans, a incontestablement constitué une ingérence dans sa vie privée et familiale.*”<sup>982</sup> Het Hof ging vervolgens na of deze inmenging conform was met de vereisten van paragraaf 2 van artikel 8 EVRM. Rekening houdend met de EU-wetgeving (op basis waarvan de echtgenote in wezen rechtstreeks gerechtigd was tot een verblijf in Frankrijk alsook op een verblijfsvergunning voor EU-burgers, geldig voor vijf jaar) en de nationale wetgeving, kwam het Hof tot de conclusie dat de herhaaldelijke afgifte van tijdelijke verblijfsvergunningen niet ‘in overeenstemming met de wet’ gebeurde. Het Hof onderzocht daarom niet meer of de inmenging noodzakelijk en proportioneel was.

376. In 2005 onderzocht het Hof een eerste keer de situatie van de etnische Russische familie *Sisojeva*, die reeds twintig jaar in Letland verbleef en die hun preciaire en onzekere situatie als gevolg van het niet toekennen van een permanent verblijfsrecht aanklaagden. Het Hof aanvaardde dat ze in de loop der jaren een netwerk van persoonlijke, sociale en economische relaties hadden uitgebouwd, dat deel uitmaakt van het privéleven van elke persoon. In tegenstelling tot de gelijkaardige zaak *Slivenko* was er hier geen sprake van een formele verwijderingsmaatregel. De aanhoudende weigering van de Letse overheden om, na de onafhankelijkheid van Letland, aan deze etnische Russen een verblijfsrecht op permanente basis toe te kennen, betrof volgens het Hof evenwel een inmenging op de uitoefening van hun recht op de eerbiediging van hun privéleven. Deze inmenging was in overeenstemming met de Letse wet, maar volgens het Hof niet proportioneel. Volgens het Hof waren de verzoekers voldoende en goed ingeburgerd en ze hadden sterkere banden met Letland dan met Rusland. Enkel bijzonder ernstige redenen konden de weigering om de verblijfsstatus van de verzoekers te regulariseren rechtvaardigen, maar het Hof had zulke redenen niet bemerkt. Rekening houdend met de omstandigheden van deze zaak, en in het bijzonder de lange periode van onzekerheid en de preciaire juridische situatie van de verzoekers op het Letse grondgebied, meende het Hof dat de Letse overheden geen billijke afweging hadden gemaakt.<sup>983</sup>

---

<sup>981</sup> EHRM 10 april 2003, nr. 53470/99, *Mehemi v. Frankrijk* (nr. 2), par. 55.

<sup>982</sup> EHRM 17 januari 2006, nr. 51431/99, *Aristimuno Mendizabal v. Frankrijk*, par. 70-72.

<sup>983</sup> EHRM 16 juni 2005, nr. 60654/00, *Sisojeva e.a. v. Letland (I)*, par. 99-111.

Deze zaak *Sisojeva* werd echter doorverwezen naar de Grote Kamer die in 2007 een meer genuanceerde benadering aanhield. De Grote Kamer ontkende niet dat de verzoekers een periode van onveiligheid en juridische onzekerheid hadden ervaren. De verzoekers hadden eerder echter Russische paspoorten bekomen en hun woonplaats zowel in Rusland als in Letland laten registreren. Deze handelingen toonden, volgens de Grote Kamer, aan dat terugkeer naar Rusland een optie was die men bereid was te overwegen. De verzoekers moesten op de hoogte geweest zijn van het feit dat deze handelingen, waarvan ze de Letse overheden niet op de hoogte hadden gebracht, in strijd waren met de Letse wetgeving. Het Hof meende dat de problemen die de verzoekers later hadden ondervonden, grotendeels te wijten waren aan hun eigen handelingen. Er was geen reëel en dreigend risico op verwijdering en bovendien hadden de Letse overheden reeds verschillende malen een concreet voorstel gemaakt voor de verzoekers tot regularisatie van hun verblijf, op basis van een tijdelijke verblijfsvergunning met uitzicht op een permanente verblijfsvergunning. De verzoekers waren tot nu toe daar niet op ingegaan, ze hadden ook geen poging tot contact met de overheden ondernomen en bleven volharden in hun vraag om meteen onvoorwaardelijke verblijfsrechten toegekend te krijgen. De Letse overheden hadden niet ter kwader trouw gehandeld, de voorgestelde maatregelen lieten hen toe om in Letland te blijven en in alle vrijheid hun recht op eerbiediging van het gezins- en privéleven uit te oefenen. Het Hof besloot dat de opties inzake regularisatie, gegeven door de Letse overheden, geschikt en voldoende waren om tegemoet te komen aan hun grief m.b.t. de schending van artikel 8 EVRM.<sup>984</sup>

377. Zoals eerder gesteld, kunnen er onder de bepalingen van het EVRM niet rechtstreeks en automatisch socio-economische rechten en voordelen worden afgedwongen. De analyse die eerder werd gemaakt m.b.t. de externe bescherming en de non-refoulementbeginselen in het EVRM, is eveneens van toepassing met betrekking tot de interne bescherming op basis van het EVRM. Een interessante toevoeging hierbij is dat het Hof in sommige gevallen aangeeft dat de onzekere en preciaire verblijfssituatie of het gebrek aan juridische status van een persoon een negatieve impact kan hebben op de persoonlijke, sociale en economische relaties van een vreemdeling en/of zijn gezinsleven. Het vaststellen van een positieve verplichting onder artikel 8 EVRM voor wat betreft de toekenning van een verblijfsvergunning, fungeert dan vaak als een hefboom voor de toegang tot socio-economische rechten. Het Hof lijkt daarbij belang te hechten aan het feit of de verblijfsvergunning van die aard is dat het tewerkstelling of zelfstandige arbeid toelaat (zie *Mehemi nr. 2*, *Aristimuno Mendizabal*, *Sisojeva I* en *Kuric*).

### C. De toegang tot bescherming

378. Daar de toegang tot bescherming met betrekking tot artikel 3 EVRM reeds eerder in dit proefschrift werd onderzocht, beperkt dit deel zich tot artikelen 8 en 12 EVRM.

Artikel 8 EVRM beschermt in wezen tegen willekeur. Bij het nemen van maatregelen die een impact kunnen hebben op het recht op de eerbiediging van het gezins- of privéleven wordt aan de Staten een zekere beleids marge toegekend. Deze beleids marge is echter niet onbeperkt. Hoewel artikel 8 EVRM geen uitdrukkelijk procedurele vereisten bevat, in tegenstelling tot de procedurele waarborgen met betrekking tot uitzetting van vreemdelingen die voorzien zijn in artikel 1 van Protocol nr. 7, moest de besluitvormingsprocedure die leidt tot maatregelen die een inmenging uitmaken op het privé- en gezinsleven, billijk verlopen en op passende wijze rekening houden met de belangen die door artikel 8 EVRM worden gevrijwaard.<sup>985</sup> De

---

<sup>984</sup> EHRM 15 januari 2007, nr. 60654/00, *Sisojeva e.a. v. Letland (II)*, par. 89-104 (schrapping). Zie eveneens EHRM 7 december 2007, nr. 58822/00, *Shevanova v. Letland* (schrapping) en EHRM 7 december 2007, nr. 59643/00, *Kaftailova v. Letland* (schrapping).

<sup>985</sup> EHRM 10 juli 2014, nr. 2260/10, *Tanda-Muzinga v. Frankrijk*, par. 68.

kwaliteit van het besluitvormingsproces is in het bijzonder afhankelijk van de snelheid waarmee Staat handelt.<sup>986</sup> Er moeten voldoende waarborgen tegen misbruik zijn en in een rechtsstaat wordt verwacht dat de nationale wetgeving de omvang van de soevereine en discretionaire bevoegdheid afbakt met voldoende duidelijkheid.<sup>987</sup> De verwijderingsmaatregelen of negatieve verblijfsbeslissingen dienen een wettelijk basis te hebben alsook relevant en afdoend te zijn.

379. Voorts wordt de beleidsmarge overschreden wanneer Staten geen billijke afweging maken tussen de belangen van de gemeenschap, enerzijds, en de belangen van de betrokken individuen, anderzijds. Of het nu een negatieve verplichting of een positieve verplichting betreft, in beide gevallen dienen de genomen maatregelen gerechtvaardigd en proportioneel te zijn. De rechtspraak van het Hof legt daarom een zekere onderzoeksplicht op aan de verdragsluitende Staten: bij het nemen van een verblijfsbeslissing dienen steeds nauwgezet de individuele en concrete omstandigheden van een bepaald geval te worden onderzocht. De Staten zijn gehouden een zinvolle beoordeling te maken op basis van volledige feiten.<sup>988</sup>

Deze plicht tot een individuele beoordeling die voortvloeit uit artikel 8 EVRM houdt in dat administratieve overheden dienen na te gaan of een eventuele negatieve verblijfsbeslissing, bijvoorbeeld genomen in het licht van de openbare of nationale veiligheid of het economisch welzijn van het land, in een juiste verhouding staat tot de individuele belangen van de vreemdeling. In die zin is het opleggen van een inkomensvereiste aan een vreemdeling die een verblijfsvergunning op grond van een gezinsleven wenst te bekomen, niet onredelijk in zoverre het toepassen van deze voorwaarde in een individueel geval niet disproportioneel is.<sup>989</sup>

Deze onderzoeksplicht geldt ook als de vreemdeling het onderzoek naar zijn nationaliteit bemoeilijkt. In de zaak *Sayoud v. Frankrijk* oordeelde het Hof over de verwijdering van een vreemdeling die tevens de Franse nationaliteit had: *“La Cour ne doute pas de la bonne foi du Gouvernement lorsqu’il affirme que les autorités n’auraient pas pris la mesure litigieuse si elles avaient eu connaissance de la nationalité française du requérant. Il est par ailleurs peu douteux que le requérant a contribué aux difficultés de sa situation en tardant à effectuer des démarches en vue de l’obtention de documents certifiant sa nationalité française. Elle insiste cependant sur le fait qu’il appartient aux autorités de s’assurer, avant de prendre une mesure constitutive d’une ingérence dans l’exercice du droit garanti par l’article 8 notamment, que cette ingérence est « prévue par la loi ». En l’espèce, vu la date et le lieu de naissance du requérant et les termes de l’ordonnance no 62-825 du 21 juillet 1962, il leur fallait pour ce faire établir avec certitude que son cas n’entraîne pas dans les prescriptions de ce texte avant de prononcer puis d’exécuter à son encontre une mesure d’interdiction du territoire. Leur négligence est à cet égard manifeste.”*<sup>990</sup>

380. Het Hof zal bij het beoordelen van de noodzakelijkheid en proportionaliteit van een betwiste verwijderingsmaatregel, die nog niet is uitgevoerd, een *ex nunc*-beoordeling handhaven, zoals het ook doet bij het onderzoeken van een grief onder artikel 3 EVRM. Een andere benadering maakt volgens het Hof de bescherming onder artikel 8 EVRM illusoir en theoretisch. Indien de verwijdering nog niet is uitgevoerd, dan heeft de toetsing betrekking op het moment van de effectieve verwijdering en niet op het moment waarop de

---

<sup>986</sup> EHRM 12 oktober 2006, nr. 13718/03, *Mubilanzila Mayeka en Kaninko Mitunga v. België*, par. 82.

<sup>987</sup> EHRM 20 juni 2002, nr. 50963/99, *Al-Nashif v. Bulgarije*, par. 119-121.

<sup>988</sup> EHRM 11 februari 2010, nr. 31465/08, *Raza v. Bulgarije*, par. 54.

<sup>989</sup> EHRM 20 oktober 2005, nr. 8876/04, *Haydarie v. Nederland* (onontvankelijkheidsbeslissing). Zie ook EHRM 24 september 2007, nr. 16351/03, *Konstantinov v. Nederland*, par. 50.

<sup>990</sup> EHRM 26 juli 2007, nr. 70456/01, *Sayoud v. Frankrijk*, par. 24.

verwijderingsmaatregel werd genomen. Er anders over oordelen zou toelaten dat Staten vreemdelingen verwijderen, maanden of zelfs jaren nadat een definitieve beslissing is gemaakt, niettegenstaande het gegeven dat zulke verwijdering disproportionele gevolgen kan hebben in het licht van feitelijke ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan na de definitieve beslissing.<sup>991</sup>

Het Hof acht het dan ook passend om de gevolgen van het tijdsverloop tussen het nemen van een verwijderingsmaatregel en het uitvoeren van een verwijderingsmaatregel in acht te nemen. Zo oordeelde het Hof in de zaak A.A.: *“The Court has already indicated that in a case where deportation is intended to satisfy the aim of preventing disorder or crime, the period of time which has passed since the offence was committed and the applicant’s conduct throughout that period are particularly significant. The Court has further referred to the importance, in cases where the deportation offence was committed by the applicant when he was a minor, of facilitating his reintegration into society. Thus while the fact that the applicant was a minor when he committed the offence does not preclude his deportation given the seriousness of the offence in question, the latter consideration must be carefully weighed against the applicant’s exemplary conduct and, as the evidence before the Court demonstrates, commendable efforts to rehabilitate himself and to reintegrate into society over a period of seven years. In such circumstances, the Government are required to provide further support for their contention that the applicant can reasonably be expected to cause disorder or to engage in criminal activities such as to render his deportation necessary in a democratic society. However, the Government have neither cited other relevant concerns nor submitted any documents capable of supporting such a contention.”*<sup>992</sup> Een schending van artikel 8 EVRM werd vastgesteld.

Volgens het EHRM dienen Staten zich verder ook zo te organiseren dat zij rekening kunnen houden met nieuwe ontwikkelingen.<sup>993</sup> Dit houdt niet noodzakelijk in dat een rechterlijke instantie van een verdragsluitende Staat een grief inzake artikel 8 van het EVRM tegen een verwijderingsmaatregel steeds *ex nunc* moet beoordelen. Van belang is het geheel en/of de combinatie van rechtsmiddelen die in het nationaal recht zijn voorzien. Nieuwe feitelijke omstandigheden in het licht van artikel 8 van het EVRM kunnen bijvoorbeeld in rekening

---

<sup>991</sup> EHRM 20 september 2011, nr. 8000/08, A.A. v. Verenigd Koninkrijk, par. 67.

<sup>992</sup> EHRM 20 september 2011, nr. 8000/08, A.A. v. Verenigd Koninkrijk, par. 68. Zie ook EHRM 11 oktober 2011, nr. 5056/10, *Emre v. Zwitserland* (nr. 2):

“72. In this connection the Court would refer to the extremely detailed reasoning of its first judgment, involving a meaningful balancing of the various interests at stake (paragraphs 72-86) and thus encompassing the examination of numerous factors: the nature of the offences committed by the applicant, the harshness of the sentences, the length of his residence in Switzerland, the passage of time between the perpetration of the offences and the impugned measure, the applicant’s conduct during that period, the strength of his social, cultural and family ties with the host country and the destination country, the specificities of the present case, namely the applicant’s health problems, and lastly the indefinite nature of the exclusion measure. The Court observes that the Federal Court’s considerations were confined to that last factor. It is of the view that, in order to fulfil the stringent obligations imposed on States under Article 46 of the Convention, the examination should in fact have addressed all these points.

73. As regards the ten-year period to which the Federal Court limited the applicant’s exclusion from Switzerland, the Court finds that it must be regarded as a lengthy and disproportionate period in relation to the offences committed (see paragraphs 10 et seq. above). The fact that the ten-year exclusion takes effect from 2 June 2003 does not detract from that finding.

74. Furthermore, the Government seem to have attributed much weight to facts that post-date the Court’s judgment, in particular the applicant’s marriage and settlement in Germany. Whereas the Government have interpreted them as factors capable of mitigating the effects of expulsion to Turkey, the Court sees them as indications of the more positive conduct that the applicant subsequently adopted. It does not in fact appear that he has been charged again with any offences since his last convictions of 2005, one of which concerned an offence committed in 2003 and the other the offence of returning to Switzerland while banished, the latter offence thus having the same origin as the complaint submitted in the present proceedings before the Court, namely the expulsion measures that the applicant alleges to have been unjustified. Like the applicant, the Court takes the view that these are clear indications that his criminal activities may be regarded as errors of youth that he seems to have acknowledged. The Court is prepared to accept that since then he has been behaving as a responsible individual, who has been engaged in a regular professional activity consistent with his capacities and has created his own family circle.”

<sup>993</sup> EHRM 23 juni 2008, nr. 1638/03, *Maslov v. Oostenrijk*, par. 93.

worden gebracht door de mogelijkheid te voorzien om een verwijderingsmaatregel een tweede keer aan te vechten, of door mogelijkheden te voorzien waarbij deze nieuwe feitelijke ontwikkelingen m.b.t. het gezinsleven en/of privéleven kunnen worden onderzocht in het licht van artikel 8 EVRM, bijvoorbeeld door middel van een nieuwe verblijfsaanvraag. Er hoeft dus niet noodzakelijk een *ex nunc*-toetsing plaats te vinden, maar in elk geval dient de betrokken persoon wel de kans te hebben om nieuwe feitelijke ontwikkelingen die een grief inzake artikel 8 EVRM onderbouwen, ter onderzoek voor te leggen aan de nationale overheden.

381. Het Hof neemt aan dat een administratieve procedure op basis waarvan een vreemdeling, indien hij voldoet aan de wettelijke voorwaarden, een verblijfsvergunning kan bekomen om op regelmatige wijze met zijn gezin in de verdragsluitende Staat te verblijven, een daadwerkelijk rechtsmiddel in de zin van artikel 13 EVRM uitmaakt. Deze administratieve procedure is het rechtsmiddel dat toelaat om zijn rechten onder artikel 8 EVRM te doen naleven.

Daarnaast meent het Hof dat er nood is aan een rechterlijke toetsing van administratieve beslissingen: *“There must, however, be safeguards to ensure that the discretion left to the executive is exercised in accordance with the law and without abuse. (...) the concepts of lawfulness and the rule of law in a democratic society require that measures affecting fundamental human rights must be subject to some form of adversarial proceedings before an independent body competent to review the reasons for the decision and relevant evidence.”*<sup>994</sup>

In tegenstelling tot verwijderingszaken die worden betwist op basis van artikel 3 EVRM, vereist het recht op een effectief rechtmiddel in verwijderingszaken die worden betwist omwille van een mogelijke inbreuk op het gezins- of privéleven, geen automatisch schorsend effect: *“By contrast, where expulsions are challenged on the basis of alleged interference with private and family life, it is not imperative, in order for a remedy to be effective, that it should have automatic suspensive effect.”*<sup>995</sup>

Desondanks vereist artikel 8 van het EVRM in samenhang met artikel 13 van het EVRM dat: *“In immigration matters, where there is an arguable claim that expulsion may infringe an alien’s right to respect for his or her family life, Article 13 in conjunction with Article 8 of the Convention requires that States must make available to the individual concerned the effective possibility of challenging expulsion or refusal-of-residence orders and of having the relevant issues examined with sufficient procedural safeguards and thoroughness by an appropriate domestic forum offering adequate guarantees of independence and impartiality.”*<sup>996</sup> In die zin houdt de rechterlijke toetsing van een verblijfsbeslissing niet enkel een passend onderzoek in naar de volledige en individuele omstandigheden van een bepaald geval, inclusief een onderzoek van de feitelijke omstandigheden waarop een verblijfsbeslissing is gebaseerd (bijvoorbeeld de nationale veiligheid)<sup>997</sup>, maar ook een zorgvuldige analyse van de proportionaliteit van de verblijfsbeslissing of de verwijderingsmaatregel.<sup>998</sup> De rechterlijke toetsing mag zich dus niet beperken tot een zuiver formele toetsing van de verblijfsbeslissing.<sup>999</sup>

---

<sup>994</sup> EHRM 20 september 2002, nr. 50963/99, *Al-Nashif v. Bulgarije*, par. 122-123.

<sup>995</sup> EHRM 13 december 2012, Grote Kamer, nr. 22689/07, *De Souza Ribeiro v. Frankrijk*, par. 83; EHRM 15 april 2014, nr. 43875/09, *Asalya v. Turkije*, par. 115.

<sup>996</sup> EHRM 20 september 2002, nr. 50963/99, *Al-Nashif v. Bulgarije*, par. 133; EHRM 2 september 2010, nr. 1537/08, *Kaushal e.a. v. Bulgarije*, par. 35.

<sup>997</sup> EHRM 2 september 2010, nr. 1537/08, *Kaushal e.a. v. Bulgarije*, par. 38.

<sup>998</sup> EHRM 11 februari 2010, nr. 31465/08, *Raza v. Bulgarije*, par. 63.

<sup>999</sup> EHRM 24 april 2008, nr. 1365/07, *C.G. e.a. v. Bulgarije*, par. 47.

382. De toegang tot een eventuele administratieve procedure en/of tot een rechterlijke toetsing dient verzekerd zijn, niet enkel bij wet, maar ook in de praktijk. Daargelaten de vraag naar het schorsend effect, benadrukt het Hof dat opdat het rechtsmiddel daadwerkelijk is en elke willekeurige beslissing wordt vermeden, de rechterlijke tussenkomst “reëel” (‘genuine’) moet zijn.<sup>1000</sup>

In de zaak *De Souza Ribeiro* oordeelde de Grote Kamer van het Hof dat de verwijdering van de verzoeker op een extreem snelle en zelfs oppervlakkige wijze had plaatsgevonden, met name minder dan 36 uur na de aanhouding van de verzoeker. Daardoor had de verzoeker geen enkele kans gehad om voor zijn verwijdering de wettelijkheid van de verwijderingsmaatregel, die zeer summier en stereotiep was opgesteld, grondig te laten onderzoeken door een nationale overheid die de nodige procedurele waarborgen bood. Bovendien kon de rechter niet langer oordelen over zijn aanvraag van schorsing van de verwijderingsmaatregel aangezien de verwijdering werd uitgevoerd 50 minuten nadat deze aanvraag werd ingediend. Hoewel Staten over een zekere beleidsvrijheid genieten m.b.t. de wijze waarop ze hun verplichtingen onder artikel 13 EVRM nakomen, herinnerde het Hof eraan dat deze beleidsvrijheid niet mag resulteren in de weigering van de toegang tot minimale procedurele waarborgen die beschermen tegen willekeurige verwijdering. Aldus het Hof: “*Consequently, in the circumstances of the present case the Court considers that the haste with which the removal order was executed had the effect of rendering the available remedies ineffective in practice and therefore inaccessible. While the Court is aware of the importance of swift access to a remedy, speed should not go so far as to constitute an obstacle or unjustified hindrance to making use of it, or take priority over its practical effectiveness.*” In casu had de verzoeker niet de mogelijkheid gehad om d.m.v. een daadwerkelijk rechtsmiddel zijn verdedigbare grief te laten onderzoeken, met name dat hij als Braziliaanse onderdaan die sinds zijn zeven jaar in Frans-Guyana verbleef, waar hij zijn gezins- en privéleven had uitgebouwd, niet kon worden verwijderd.<sup>1001</sup>

In de zaak *G.R.* onderzocht het Hof of de weigering van een vrijstelling van het betalen van wettelijk bepaalde administratieve kosten (leges) die vereist zijn om een beslissing te bekomen op de verblijfsaanvraag, in de praktijk de toegang tot een daadwerkelijk rechtsmiddel verhinderde. De verzoeker voerde aan deze administratieve kosten niet te kunnen betalen. Sinds de intrekking van zijn verblijfsvergunning op basis van de uitsluitingsgronden in artikel 1F VN-Vluchtelingenverdrag, had de verzoeker geen recht meer op sociale bijstand en moest zijn gezin overleven op een leefloon berekend op basis van een eenoudergezin. Het Hof betwijfelde niet dat gezinsherenigingsprocedure in rechte daadwerkelijk was, aangezien de verzoeker ten volle gerechtigd was om de procedure te gebruiken en de procedure in staat was om het resultaat te leveren dat door de verzoeker werd gezocht, nl. een recht om in Nederland bij zijn gezin te verblijven. Om echter toegang te krijgen tot deze procedure diende hij de gevraagde kosten te betalen of een vrijstelling te verkrijgen. Het Hof gaf aan dat “*it is not concerned with administrative charges in the abstract, nor with the level at which the administrative charge in issue was set. Its sole concern is whether it prevented the applicant from seeking recognition of his arguable claim under Article 8 of the Convention.*” De verzoeker had, bij zijn aanvraag van vrijstelling, een kopie overgemaakt van de meeste recente uitbetaling van het leefloon aan zijn echtgenote. Dit document werd niet in aanmerking genomen en de aanvraag van vrijstelling werd geweigerd omdat de verzoeker de wettelijk vereiste documenten niet neerlegde. Aangezien een leefloon pas na een grondig onderzoek van de sociale en financiële situatie van het individu wordt uitgereikt, stelde het Hof niet te begrijpen “*what the additional documents demanded by the*

---

<sup>1000</sup> EHRM 13 december 2012, Grote Kamer, nr. 22689/07, *De Souza Ribeiro v. Frankrijk*, par. 93.

<sup>1001</sup> EHRM 13 december 2012, Grote Kamer, nr. 22689/07, *De Souza Ribeiro v. Frankrijk*, par. 77 e.v.

*Minister would have added to the social assistance pay slip.” Het Hof besloot dat: “In the circumstances of the present case, characterised as they are moreover by the disproportion between the administrative charge in issue and the actual income of the applicant’s family, the Court therefore finds that the extremely formalistic attitude of the Minister – which, endorsed by the Regional Court, also deprived the applicant of access to the competent administrative tribunal – unjustifiably hindered the applicant’s use of an otherwise effective domestic remedy. There has therefore been a violation of Article 13 of the Convention.”<sup>1002</sup>*

Ook in een drietal Franse zaken veroordeelde het Hof de moeilijkheden die verzoekers tijdens de gezinsherenigingsprocedure hadden ondervonden om de bescherming van hun belangen te doen gelden. Al deze drie zaken hadden betrekking op ouders die een visum gezinshereniging aanvroegen voor hun minderjarige kinderen die in het land van herkomst of elders waren achter gebleven. Het Hof concentreerde zijn onderzoek op de kwaliteit van de Franse gezinsherenigingsprocedure. In het licht van de erkenning van sommige verzoekers als vluchtelingen en het recht op eenheid van het gezin, meende het Hof dat het van belang was dat de visumaanvragen voor de achtergebleven kinderen snel, aandachtig en met bijzondere zorgvuldigheid werden onderzocht. Het Hof meende eveneens dat Frankrijk verplicht was om een gezinsherenigingsprocedure te hanteren die rekening hield met de gebeurtenissen die hun gezinslevens hadden verstoord en die tot hun erkenning als vluchteling hadden geleid. Het Hof benadrukte dat er een internationale en Europese consensus bestaat dat vluchtelingen moeten genieten van een meer gunstige gezinsherenigingsprocedure dan andere vreemdelingen en dat NGO’s er voor ijveren dat Staten andere bewijzen van gezinsbanden in overweging nemen wanneer de vluchteling niet in staat is om officiële documenten voor te leggen. Het Hof verwees eveneens naar het VN-Kinderrechtenverdrag dat bepaalt dat aanvragen om gezinshereniging worden onderzocht met soepelheid en menselijkheid, wat door de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa eveneens werd ondersteund. Het Hof wees ook op de Gezinsherenigingsrichtlijn die bepaalt dat in het bijzonder rekening moet worden gehouden met het belang van het kind. Tenslotte wees het Hof op een aantal rapporten die aantonen dat praktijken die de gezinshereniging bemoeilijken, omwille van de buitensporige lange duur van de visumprocedure ernstige gevolgen kunnen hebben op de kinderen die gescheiden zijn van hun ouders. In deze drie zaken kwam het Hof dan ook tot het besluit dat de Franse overheden, ondanks de beleids marge waarover ze beschikken, niet voldoende rekening hadden gehouden met de specifieke omstandigheden van verzoekers en besloot het Hof dat de gezinsherenigingsprocedure niet de vereiste waarborgen inhield inzake flexibiliteit, snelheid en effectiviteit om het recht van verzoekers op eerbiediging van hun gezinsleven te doen naleven. Om deze reden, bleef Frankrijk in gebreke om billijke belangenafweging te maken.<sup>1003</sup>

383. Er moet worden opgemerkt dat een aantal rechters in het Hof hebben geargumenteed dat: “Article 13 read in conjunction with Article 8 does impose the necessity of an automatic suspensive remedy against expulsion, deportation, removal or any other similar measure when it would allegedly put migrants in danger of irreversible damage to their family lives.”<sup>1004</sup> Volgens een aantal rechters is er geen enkel logische of juridische reden om de nood aan een rechtsmiddel met schorsend effect anders te beoordelen naargelang de grief is gebaseerd op artikel 3 EVRM of artikel 8 EVRM. Het Hof heeft deze argumentatie nog niet gevolgd, maar feit is wel dat moeilijk valt in te zien hoe het recht op een daadwerkelijke

<sup>1002</sup> EHRM 10 januari 2012, nr. 22251/07, *G.R. v. Nederland*, par. 43-53.

<sup>1003</sup> EHRM 10 juli 2014, nr. 52701/09, *Mungenzi v. Frankrijk*; EHMR 10 juli 2014, nr. 2260/10, *Tanda-Muzinga v. Frankrijk* en EHMR, 10 juli 2014, nr. 19113/09, *Senigo Longue v. Frankrijk*.

<sup>1004</sup> EHRM 13 december 2012, Grote Kamer, nr. 22689/07, *De Souza Ribeiro v. Frankrijk*, zie *concurring opinions* van rechters Kalydjieva, Pinto de Albuquerque en Vucinic. Zie ook bij oorspronkelijk arrest van 30 juni 2011 de *jointly partly dissenting opinions* van rechters Spielmann, Berro-Lefevre en Power.

mogelijkheid om de verwijderingsmaatregel aan te vechten, inclusief een zorgvuldig onderzoek naar de individuele feitelijke omstandigheden van het bepaald geval en de proportionaliteit van de verblijfsbeslissing of de verwijderingsmaatregel, te rijmen valt met een gebrek aan schorsend effect.

384. De algemene principes inzake de toegang tot bescherming onder artikel 8 EVRM zijn eveneens van toepassing op artikel 12 EVRM. De toegang tot dit recht mag niet op automatische en willekeurige wijze worden beperkt, zonder een onderzoek naar de ernst en oprechtheid van de wil om te huwen en een gezinsleven te stichten. Ook hier mag het opleggen van administratieve kosten, de toegang tot en de 'essentie', d.i. de kern, van het recht niet aantasten.



## **§ 6. Tussenbesluit**

385. Uit de bovenstaande analyse blijkt dat negatieve verblijfsbeslissingen en verwijderingsbeslissingen in bepaalde gevallen aanleiding kunnen geven tot een schending van de fundamentele rechten van een vreemdeling op het grondgebied van een verdragsluitende Staat.

386. Een verwijderingsbeslissing kan niet worden uitgevoerd wanneer een vreemdeling fysiek of mentaal te ziek is om te reizen. Wanneer een verwijderingsbeslissing wordt genomen t.a.v. een vreemdeling met een onzekere identiteit, buiten zijn eigen wil om, moet de Staat zich er van verzekeren dat dit niet leidt tot onsuccesvolle herhaalde verwijderingen omdat het land of de landen waarheen de vreemdeling wordt teruggestuurd hem niet willen toelaten op het grondgebied, waardoor de situatie van de vreemdeling op het grondgebied van de Staat precair wordt. Deze rechtspraak kan relevant zijn voor staatloze personen of personen die, buiten hun wil om, omwille van administratieve redenen zoals onvoldoende identificatie wegens een gebrek aan identiteits- of reisdocumenten, niet succesvol kunnen vertrekken.

387. Voorts kan een negatieve verblijfsbeslissing of een verwijderingsbeslissing in bepaalde gevallen de uitoefening van het gezinsleven en/of privéleven, alsook het recht om te huwen van een vreemdeling in de verdragsluitende Staat belemmeren. Het Hof vertrekt altijd vanuit de premisse van het prerogatief op de migratiecontrole van Staten: het EVRM waarborgt op zich geen enkel recht voor een vreemdeling om het grondgebied van een Staat, waarvan hij geen onderdaan is, binnen te komen of er te verblijven. Een Staat is dus vrij om voorwaarden vast te leggen inzake migratiecontrole. Het hanteren van een nationale migratiewetgeving houdt op zich geen schending in van artikel 8 EVRM. Wel volgt uit de rechtspraak van het Hof dat, bij de toepassing ervan in een individueel geval, de verdragsluitende Staten op zinnvolle wijze oog moeten hebben voor de gevolgen van deze belemmering voor het gezins- en/of privéleven alsook voor het recht om te huwen van de vreemdeling. Binnen de toegekende beleids marge moet een billijke afweging worden gemaakt. Wordt de afweging niet gemaakt of is de afweging disproportioneel, dan wordt de belemmering van het gezins- en/of privéleven als een schending van artikel 8 EVRM aangemerkt. Het kan aanleiding geven tot een negatieve verplichting, m.a.w. het niet verwijderen, of een positieve verplichting, m.a.w. het toelaten van een (verder) verblijf.

388. Langs de ene kant wordt gekeken naar de belangen van de samenleving, zoals de handhaving van de openbare of nationale veiligheid, effectieve migratiecontrole, het economisch welzijn, de voorkoming van misdrijven. De aard en de ernst van de gepleegde misdrijven wordt in rekenschap genomen. Het Hof toont zo, onder meer, een groot begrip voor de zeer vastberaden houding van de verdragsluitende Staten t.a.v. personen die drugsmisdrijven plegen “*in view of the devastating effects drugs have on people’s lives.*”<sup>1005</sup> Ook inzake terrorismebestrijding toont het Hof een ruim begrip voor de handelingen van Staten.<sup>1006</sup> Wanneer de strafbare feiten werden gepleegd als minderjarige zijn er, in het belang van het kind, zeer ernstige redenen vereist die een verwijdering rechtvaardigen.

389. Langs de andere kant wordt gekeken naar de omvang van het gezinsleven én het privéleven van de vreemdeling in de Staat. Daarbij wordt rekening gehouden met de sterkte en de totaliteit van de banden met de ontvangende Staat (bijvoorbeeld verblijfsduur, taalkennis, economische, culturele en sociale integratie). Het bestaan van een privéleven kan

---

<sup>1005</sup> EHRM 11 juli 2002, nr. 56811/00, *Amrollahi v. Denemarken*, par. 37.

<sup>1006</sup> EHRM 7 april 2009, nr. 1860/07, *Cherif e.a. Italië*, par. 68.

op zich volstaan om onder de reikwijdte van artikel 8 EVRM te vallen. Indien dit relevant is, wordt ook gekeken naar de sterkte van de banden met aanwezige gezinsleden. Daarbij worden de belangen van deze gezinsleden en het beginsel van de eenheid van het gezin in rekening gebracht. De belangen van het kind, met name wanneer de verwijderingsmaatregel of de negatieve verblijfsbeslissing rechtstreekse gevolgen heeft voor het kind, vormen in de rechtspraak van het Hof een primaire overweging. Zo wordt gekeken naar de impact van de verwijdering van de vreemdeling op gezinsleden die achterblijven of de graad van hardheid die gezinsleden zullen ervaren indien ze de vreemdeling vergezellen naar het land van herkomst. Indien er geen ernstige hinderpalen worden vastgesteld die de voortzetting van het gezinsleven en/of privéleven elders op onoverkomelijke wijze verhinderen, dan zal er geen sprake zijn van een schending onder artikel 8 EVRM. Bij een koppel dat de intentie heeft om te huwen, zal worden gekeken naar de ernst en oprechtheid van hun huwelijksplannen en worden nagegaan of deze plannen niet redelijkerwijze buiten de verdragsluitende Staat kunnen worden gerealiseerd.

390. De bewijslast zal hoger liggen wanneer het gezinsleven of privéleven werd uitgebouwd tijdens een illegaal of precair verblijf: een vreemdeling kan daaruit geen gerechtigde verwachting op verblijf putten. Slechts in zeer uitzonderlijke gevallen zal de Staat gehouden zijn om een illegaal verblijvende vreemdeling toe te laten tot het verblijf.

Dit geldt in het bijzonder wanneer minderjarige kinderen betrokken zijn en hun belangen de balans doen omslaan in het voordeel van de betrokken vreemdeling. Rechter Jebens wijst er in zijn *'concurring opinion'* in de zaak *Nuñez* op dat de inachtneming van het beginsel van het belang van het kind, zoals verzekerd door artikel 3 VN-Kinderrechtenverdrag, door het Hof tot gevolg heeft dat de kinderen van de verzoekers op een indirecte wijze worden beschermd. Deze bescherming van kinderen is duidelijker geworden en misschien zelfs verruimd in de rechtspraak van het Hof. Men kan hieruit afleiden dat artikel 8 EVRM moet worden geïnterpreteerd op een wijze die consistent is met artikel 3 VN-Kinderrechtenverdrag. Het belang van het kind is dan een primaire overweging in de belangenafweging, maar niet noodzakelijk een overheersende overweging. Ook andere factoren dienen eveneens in rekenschap te worden gebracht. Evenwel is de keerzijde van deze benadering door het Hof, zoals rechter Jebens opmerkt, dat *"one inevitably reduces the States' margin of appreciation in such cases."*<sup>1007</sup> Rechters Mijovic and De Gaetano toonden zich daarom zeer bezorgd in hun *'dissenting opinion'* dat de beslissing van het Hof in deze zaak een verkeerd signaal gaf, nl. *"that persons who are illegally in a country can somehow contrive to have their residence 'legitimised' through the expedient of marriage and of having children."*<sup>1008</sup> Voorts moet worden geduïd dat het uitbouwen van een gezins- en privéleven tijdens een langdurig illegaal verblijf niet worden aangerekend aan de betrokken meerderjarige vreemdelingen, wanneer dit het gevolg van is van handelingen van hun ouders toen de betrokken vreemdelingen nog minderjarig waren.

391. Het niet uitvoeren van de verwijdering of het toelaten van een verblijf houdt in dat de vreemdeling minstens op het grondgebied wordt getolereerd, bijvoorbeeld voor de duur van de tijd die nodig is om het huwelijk te voltrekken of om te herstellen van een ziekte. Het is echter niet de bedoeling dat door het gebrek aan juridische status of door de aanhoudende onthouding van een verblijfsrecht, de vreemdeling in een precaire situatie verzeild geraakt of gestoord wordt in het uitoefenen van zijn gezins- en/of privéleven dat hij ondertussen heeft uitgebouwd.

---

<sup>1007</sup> *Concurring opinion* rechter Jebens in EHRM 28 juni 2011, nr. 55597/09, *Nuñez v. Noorwegen*.

<sup>1008</sup> *Joint dissenting opinions* van rechters Mijovic en De Gaetano in EHRM 28 juni 2011, nr. 55597/09, *Nuñez v. Noorwegen*.

392. Zo stelt het Hof dat in het geval van een staatloze of enige andere vreemdeling die omwille van een onzekere identiteit, buiten zijn wil om, niet verwijderd kan worden, de Staat een geschikte oplossing dient te vinden. Het Hof lijkt daar aan te sturen op de toekenning van een verblijfsrecht (het nemen van maatregelen om de situatie op het grondgebied te ‘regulariseren’), indien geen alternatief opvangland wordt gevonden.<sup>1009</sup> Dit is vooral van belang voor staatlozen die als zodanig worden erkend op basis van het VN-Verdrag betreffende de status van staatlozen van 28 september 1954, in New York.<sup>1010</sup> Dit Verdrag bevat criteria voor de erkenning van de status van staatloze en verbindt daaraan een aantal socio-economische rechten waarvan sommigen enkel kunnen worden uitgeoefend indien de staatloze op regelmatige wijze verblijft. Het VN-Verdrag kent echter zelf geen verblijfsrecht toe, dit blijft een soevereine bevoegdheid van Staten.

393. De aanhoudende weigering van een verblijfsvergunning aan een vreemdeling of het gebrek aan juridische status en/of de verblijfstatus van vreemdelingen die een gezinsleven en/of privéleven hebben uitgebouwd in een verdragsluitende Staat en die, door het onthouden van een verblijfsvergunning of door het gebrek aan juridische status, zich in een precaire en onzekere situatie bevinden, kan in bepaalde gevallen aanleiding geven tot een positieve verplichting onder artikel 8 EVRM. Het type verblijfsvergunning doet er niet toe, zolang de voorgestelde oplossing de vreemdeling de mogelijkheid biedt in de Staat te verblijven en zijn gezins- en/of privéleven (in alle aspecten) ongestoord uit te oefenen. Het lijkt ook van belang dat de afgifte van een verblijfsvergunning de nodige toegang geeft tot bepaalde socio-economische rechten, zoals tewerkstelling (zie *Mehemi nr. 2*).

Tot nu had de rechtspraak van het Hof voornamelijk betrekking op heel specifieke situaties van vreemdelingen die ofwel voorheen, gedurende lange tijd, een verblijfsrecht (en juridische status) genoten in de Staat en die dat waren kwijtgeraakt ten gevolge van een statenopvolging (zie *Sisojeva I en II* en *Kuric I en II*); of situaties waarin de Staat had gefaald in de toepassing van het EU-recht inzake EU-burgers (*Aristimuno Mendizabal*) of situaties waarin de weigering van een verblijfsvergunning leidde tot de ontzegging van de daadwerkelijke uitoefening van een gezinsleven (*Polidario*). We moeten bekijken of deze rechtspraak ook in andere (schrijnende en precaire) situaties relevant kan zijn.

394. De vraag is immers of de voorlopige en beperkte ‘rode draden’ die uit de rechtspraak van het Hof kunnen worden getrokken, ook toegepast kunnen worden op de situaties van andere vreemdelingen die gedurende een langere tijd niet-verwijderbaar zijn maar niet beschikken en nooit beschikt hebben over een verblijfsrecht. De zaak *M.S. v. België* is in dit opzicht interessant: het betrof een vreemdeling die uitgesloten was van de vluchtelingenstatus, maar die niet verwijderd kon worden naar Irak omwille van een reëel risico op een blootstelling aan een behandeling strijdig met artikel 3 EVRM. De man kreeg echter geen alternatieve verblijfsstatus toegewezen om redenen van openbare en nationale veiligheid en werd op het Belgisch grondgebied getolereerd gedurende zes jaar, afwisselend in strafrechtelijke detentie, onder huisarrest of in administratieve detentie. Het Hof veroordeelde in bedekte termen het gebrek aan perspectief op een verblijfsvergunning, dat ervoor had gezorgd dat de man geen andere optie zag dan terug te keren naar Irak, waar hij gevaar liep.<sup>1011</sup> In de zaak *Ahmed* leidde het gebrek aan perspectief voor een uitgesloten vluchteling uiteindelijk tot zelfmoord.<sup>1012</sup>

---

<sup>1009</sup> EHRM 5 maart 1986, nr. 10798/84, *Harabi v. Nederland* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>1010</sup> Zie Convention relating to the Status of Stateless Persons, 28 September 1951, New York, *United Nations Treaty Series*, vol. 360, 117.

<sup>1011</sup> EHRM 31 januari 2012, nr. 50012/08, *M.S. v. België*, par. 121-125.

<sup>1012</sup> EHRM 7 december 1996, nr. 25964/94, *Ahmed v. Oostenrijk*.

395. In die zin kan terug gekoppeld worden naar de ‘*separate opinions*’ van Cabral Barreto, waar hij aandacht vroeg voor de situatie van een niet-verwijderbare vreemdeling op het grondgebied zelf van een verdragsluitende Staat.<sup>1013</sup> Het niet toekennen van een verblijfsvergunning en geen toegang krijgen tot socio-economische rechten is, volgens hem, een situatie die een schending kan inhouden van artikelen 3 en 8 EVRM.<sup>1014</sup> Het Hof heeft echter in de zaak *Bonger* met absolute bewoordingen bevestigd dat er geen verblijfsrecht voortvloeit uit artikel 3 EVRM.<sup>1015</sup> Uit de zaken *Budina* en *M.S.S.* blijkt evenwel dat een Staat niet onverschillig mag zijn t.a.v. een (kwetsbare) vreemdeling die niet in de mogelijkheid is om te voorzien in de meest elementaire levensbehoeften, zoals voedsel, hygiëne en huisvesting, en die zich daardoor in een situatie van ernstige ontbering en extreme armoede bevindt.<sup>1016</sup> Vooral wanneer het een vreemdeling betreft die gedurende langere tijd onverwijderbaar zal zijn, zal zijn situatie van ernstige ontbering die volgt uit een gebrek aan status, verblijf en socio-economische rechten en het gebrek aan perspectief op of de aanhoudende onzekerheid inzake een verbetering van zijn situatie, wel eens kunnen worden gelijkgesteld met een onmenselijke of vernederende behandeling. Hierdoor komt de menselijke waardigheid zodanig in het gedrang dat er een positieve verplichting onder artikel 3 EVRM voor Staten kan ontstaan om hulp te bieden. Echter, volgens de rechtspraak van het Hof, houdt dit niet de afgifte van een verblijfsvergunning in.<sup>1017</sup>

396. Een combinatie van deze rechtspraak onder artikel 3 EVRM (schending van een minimumstandaard van behandeling wegens een situatie van ernstige ontbering en extreme armoede, de positieve verplichting tot het bieden van hulp) en de relevante rechtspraak onder artikel 8 EVRM (de eventuele positieve verplichting tot afgifte van een verblijfsvergunning wegens een onzekere en precaire situatie) zou eventueel soelaas kunnen brengen. Echter, als er al een zogenaamd recht op regularisatie kan worden afgeleid uit artikel 8 EVRM voor vreemdelingen in onzekere of precaire situaties, dan heeft het Hof zijn rechtspraak (voorlopig) beperkt tot bovenvermelde welbepaalde uitzonderlijke individuele gevallen.<sup>1018</sup> Zo oordeelde het Hof dat maatregelen die leiden tot het disproportionele gevolg dat van vreemdelingen die op regelmatige en langdurige basis verblijven een bestaande juridische status wordt ontnomen, een schending kan inhouden van artikel 8 EVRM. Het falen in een mogelijke remediëring, zoals de regularisatie van het verblijf, kan in zulke situatie eveneens een schending uitmaken van artikel 8 EVRM.

De redenering die het Hof volgde in deze beperkte en specifieke rechtspraak, kan m.i. niet zomaar worden toegepast in andere situaties. Een positieve verplichting tot regularisatie zal niet in alle gevallen worden vastgesteld door het Hof. Zo zag het Hof geen reden in de zaak *Yildiz* om te onderzoeken of er een schending was van artikel 8 EVRM, aangezien de uitvoering van de verwijderingsmaatregel werd opgeschort, ook al ging het om een opschorting voor telkens zes maanden gedurende tweeëneenhalf jaar.<sup>1019</sup>

---

<sup>1013</sup> Zie I. CABRAL BARRETO, “The Status of Refugees in the Countries Where They Seek Asylum, Keynote Presentation”, in COUNCIL OF EUROPE, 2<sup>nd</sup> Colloquy on the European Convention on Human Rights and the Protection of Refugees, Asylum-Seekers and Displaced Persons, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2000, 75.

<sup>1014</sup> Europese Commissie Mensenrechten 7 december 1995, nr. 24573/93, *H.L.R. v. Frankrijk*, *separate opinion* Cabral Barreto, Reports of Judgments and Decisions 1997-III, 770, en Europese Commissie Mensenrechten 9 maart 1998, nr. 30930/96, *B.B. v. Frankrijk*, *separate opinion* Cabral Barreto, Reports of Judgments and Decisions 1998-VI, 2616.

<sup>1015</sup> EHRM 15 september 2005, nr. 10154/04, *Bonger v. Nederland* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>1016</sup> EHRM 18 juni 2009, nr. 45603/05, *Budina v. Rusland* (onontvankelijkheidsbeslissing) en EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. Griekenland en België*.

<sup>1017</sup> Zie J. GERARDS, *EVRM Algemene Beginselen*, Den Haag, SDU Uitgevers, 2011, 246-247.

<sup>1018</sup> Zie hierover D. THYM, “Respect for Private and Family Life Under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay?”, *ICLQ* 2008, 87-112.

<sup>1019</sup> EHRM 13 oktober 2005, nr. 40932/02, *Yildiz v. Duitsland* (onontvankelijkheidsbeslissing).

397. Tenslotte dient er een werkelijke toegang te zijn tot de bescherming van het recht om te huwen alsook van het recht op de eerbiediging van het gezins- en/of privéleven. Idealiter is er een administratieve procedure met voldoende waarborgen tegen willekeur aanwezig. Een verdragsluitende Staat is gehouden om een individuele en zinvolle beoordeling te maken van de gevolgen van een verwijderingsmaatregel of een negatieve verblijfsbeslissing op het gezinsleven en/of privéleven alsook het recht om te huwen van een vreemdeling die zich op het grondgebied bevindt. Wanneer de vreemdeling een verdedigbare grief heeft, dan dient een rechterlijke toetsing voorhanden te zijn waarin een passend onderzoek wordt gevoerd naar de volledige en individuele omstandigheden van zijn geval, alsook een zorgvuldige beoordeling wordt gemaakt van de proportionaliteit van de verwijderingsmaatregel of de negatieve verblijfsbeslissing.



### Afdeling 3. Gemengde bescherming

398. Tenslotte wordt aan vreemdelingen ook bescherming toegekend op basis van gemengde motieven. De ontvangende Staat komt hierdoor, enerzijds, tegemoet aan een nood tot bescherming die in het land van herkomst bestaat (externe bescherming) en, anderzijds, biedt het eveneens een antwoord op een beschermingsnood die op het eigen grondgebied bestaat (interne bescherming).<sup>1020</sup> Het kwetsbaar profiel van bepaalde categorieën vreemdelingen zal de nood aan deze *gemengde bescherming* versterken. In een aantal internationale verdragen wordt de kwetsbaarheid van bepaalde groepen vreemdelingen erkend en de nood aan bijzondere bescherming ervan onderlijnd. Ik concentreer mij op twee categorieën van kwetsbare vreemdelingen die nood hebben aan een bijzondere bescherming op basis van gemengde motieven, met name de slachtoffers van mensenhandel, enerzijds, en niet-begeleide minderjarige kinderen, anderzijds.

Dit onderdeel gaat na wat de omvang is van de bescherming geboden door deze internationale verdragen. In het bijzonder zal er worden gekeken naar het VN-Protocol inzake de voorkoming, bestrijding en bestraffing van mensenhandel, in het bijzonder vrouwenhandel en kinderhandel; het Verdrag van de Raad van Europa inzake de bestrijding van mensenhandel, het VN-Kinderrechtenverdrag, alsook de relevante rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

---

<sup>1020</sup> D. VANHEULE, "Internationale bescherming in de Vreemdelingenwet: asiel en meer", in M.-C. FOLETS, D. VANHEULE en M. MAES, *Migratie- en migrantenrecht deel 14, Dertig jaar vreemdelingenrecht*, Brugge, die Keure, 2011, 448-449.

## **§ 1. De slachtoffers van mensenhandel**

### **A. Het VN-Protocol inzake de voorkoming, bestrijding en bestraffing van mensenhandel, in het bijzonder vrouwenhandel en kinderhandel**

399. Het VN-Protocol Mensenhandel vormt een aanvulling op het VN-Verdrag tegen grensoverschrijdende georganiseerde misdaad, opgevat als een internationaal samenwerkingsakkoord, dat werd aangenomen door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties in New York op 15 november 2000 en in werking is getreden op 25 december 2003.

Artikel 25 van het VN-Verdrag tegen grensoverschrijdende georganiseerde misdaad is een korte maar belangrijke bepaling inzake de bijstand aan en bescherming van slachtoffers van grensoverschrijdende georganiseerde misdaad. Staten dienen passende maatregelen te nemen die binnen hun macht liggen om bijstand en bescherming te verlenen aan slachtoffers van strafbare feiten, in het bijzonder in gevallen van bedreiging met represailles of intimidatie. Staten voorzien in passende procedures om de schadeloosstelling en het herstel voor slachtoffers van strafbare feiten toegankelijk te maken en Staten zorgen ervoor, met inachtneming van hun nationale recht, dat de meningen en zorgen van slachtoffers naar voor worden gebracht in de verschillende fasen van de strafrechtelijke procedure tegen de daders.

400. Diezelfde aandacht voor de bijstand en bescherming van slachtoffers keert terug in het VN-Protocol Mensenhandel maar het is belangrijk om te onderlijnen, zoals Gallagher aangeeft, dat *“While human rights concerns may have provided some impetus (or cover) for collective action, it is the sovereignty/security issues surrounding trafficking and migrant smuggling which are the true driving force behind such efforts.”*<sup>1021</sup> Het is voornamelijk de bezorgdheid om de negatieve gevolgen van mensenhandel op de migratiecontrole en de bedreiging voor de openbare orde, die de aanzet hebben gegeven voor de aanneming van dit Protocol. Het afnemen van migratiemogelijkheden in landen van bestemming heeft ertoe bijgedragen dat vreemdelingen meer beroep doen op derde personen die hen mogelijkheden bieden om nationale migratieregels te omzeilen. Omdat voornamelijk internationale criminele netwerken opereren in het domein van de mensenhandel, vonden Staten het aangewezen om op internationaal niveau een sterk antwoord op dit fenomeen te formuleren. Het VN-Protocol Mensenhandel beperkt zich tot situaties van grensoverschrijdende mensenhandel waar een georganiseerde misdaadorganisatie bij betrokken is.

401. Het VN-Protocol Mensenhandel kent drie grote doelstellingen: (1) de voorkoming en bestrijding van mensenhandel, in het bijzonder de vrouwen- en kinderhandel, indien deze een grensoverschrijdend karakter heeft en er een criminele organisatie bij betrokken is; (2) de bescherming van en bijstand aan slachtoffers van uitbuiting; en (3) de bevordering van de samenwerking tussen de Staten op dat gebied. Staten die partij zijn worden in de eerste plaats verplicht om de maatregelen te nemen die nodig zijn om mensenhandel, waaronder de medeplichtigheid aan mensenhandel, strafbaar te stellen.

---

<sup>1021</sup> A. GALLAGHER, “Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis”, *Human Rights Quarterly* 2001, 976. Ook Piotrowicz meent dat dit Protocol verder had kunnen gaan in de bescherming van slachtoffers: R. PIOTROWICZ, “Human Security and Trafficking of Human Beings: The Myth and the Reality”, in A. EDWARDS en C. FERSTMAN (eds), *Human Security and Non-Citizens*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 411.



402. De definitie van mensenhandel in het VN-Protocol bevat drie elementen:<sup>1022</sup>

1. Een handeling die bestaat uit de werving, het vervoer, de overbrenging, de huisvesting of de opnemering van een persoon;
2. Door middel van dreiging met of het gebruik van geweld of van andere vormen van dwang, ontvoering, bedrog, misleiding, machtsmisbruik of misbruik van een situatie van kwetsbaarheid, of wanneer betalingen worden gedaan of beloningen worden gegeven of ontvangen om de instemming te verkrijgen van een persoon die de controle uitoefent over een andere persoon met het oog op uitbuiting;
3. Deze uitbuiting bestaat ten minste uit de uitbuiting van de prostitutie van anderen of uit andere vormen van seksuele uitbuiting, gedwongen arbeid of diensten, slavernij of vergelijkbare praktijken, dienstbaarheid (onderworpenheid) of de verwijdering van organen.

De instemming van een slachtoffer van mensenhandel met de beoogde uitbuiting is irrelevant indien een van de hierboven vermelde middelen zijn gebruikt. Met betrekking tot kinderen zal steeds sprake zijn van mensenhandel wanneer het eerste en het derde element van de definitie zijn vervuld. Het is niet nodig om te bewijzen dat de handeling die de uitbuiting van het kind tot doel heeft, werd gesteld door middel van geweld of dwang. Er is geen toezichtmechanisme voorzien voor dit Protocol.

#### **B. Het Verdrag van de Raad van Europa inzake de bestrijding van mensenhandel**

403. Op 16 mei 2005 namen de lidstaten van de Raad van Europa in Warschau het Verdrag inzake de bestrijding van mensenhandel aan (hierna: Mensenhandelverdrag). Het Verdrag trad in werking op 1 februari 2008.

Net zoals het VN-Protocol Mensenhandel streeft dit Verdrag een veelomvattende benadering na (de preventie, bestraffing, bescherming en het bevorderen van internationale samenwerking), maar het legt, in tegenstelling tot het VN-Protocol Mensenhandel, eerder de nadruk op de (mensen)rechten en de bescherming van de slachtoffers van mensenhandel. In de preambule van het Verdrag wordt gesteld dat “*mensenhandel een schending van de mensenrechten is en een aantasting van de waardigheid en de integriteit van de mens*”. Het Verdrag herneemt de definitie van mensenhandel zoals neergelegd in het VN-Protocol Mensenhandel en deze is van toepassing op alle vormen van mensenhandel, of het nu gaat om nationale of transnationale mensenhandel, al dan niet verbonden met georganiseerde misdaad. Het is van toepassing op iedere persoon die slachtoffer is: vrouwen, mannen en kinderen; alsook op elk vorm van uitbuiting. Een groep van deskundigen inzake de actie tegen mensenhandel (GRETA) houdt toezicht op de uitvoering van dit Verdrag door de Partijen.

#### **C. Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens: artikel 4 EVRM**

404. In tegenstelling tot het VN-Protocol Mensenhandel en het Mensenhandelverdrag van de Raad van Europa, kan een vreemdeling onder het EVRM rechtstreeks beroep doen op bescherming tegen mensenhandel. Het Hof heeft de werkingssfeer van artikel 4 EVRM, meer bepaald het verbod op slavernij, dienstbaarheid en dwangarbeid, door middel van zijn rechtspraak uitgebreid met het doel om bescherming te kunnen bieden aan moderne vormen van slavernij. In de zaak *Siliadin v. Frankrijk* boog het Hof zich over de situatie van een Togolese vrouw die op 15-jarige leeftijd als huishoudelijke hulp kwam werken bij een echtpaar

---

<sup>1022</sup> A. GALLAGHER, “Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis”, *Human Rights Quarterly* 2001, 986-987.

in Parijs. Haar paspoort werd afgenomen en het echtpaar liet haar jarenlang tegen haar wil en onbetaald werken. Rekening houdend met de omstandigheden van de zaak, oordeelde het Hof dat Siliadin gedwongen was geweest om dwangarbeid te verrichten. Het Hof onderzocht voorts of er hier sprake was van slavernij of dienstbaarheid en onderlijnde het feit dat het EVRM “*is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions, and that the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies*”.<sup>1023</sup> Voortbouwend op vroegere rechtspraak en verwijzend naar het recente fenomeen van de ‘huisslavernij’, oordeelde het Hof dat het slachtoffer gedwongen arbeid had verricht en in dienstbaarheid gehouden was, maar niet in slavernij, omdat het echtpaar voor wie ze werd gedwongen te werken geen eigendomsrecht over haar uitoefenden.

405. In de zaak *Rantsev v. Cyprus en Rusland* werd het Hof voor het eerst geconfronteerd met het fenomeen van mensenhandel en het feit dat artikel 4 EVRM hierover niets uitdrukkelijk vermeldt.<sup>1024</sup> Dit was volgens het Hof niet zo vreemd omdat het EVRM is geïnspireerd op de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, waarin evenmin melding wordt gemaakt van mensenhandel. Het Hof meende ook hier, net zoals in *Siliadin*, dat men artikel 4 EVRM moet interpreteren in het licht van de hedendaagse omstandigheden en de tijdsgeest.<sup>1025</sup>

Bijgevolg stelde het Hof vast dat het traditionele begrip ‘slavernij’ geëvolueerd is en dat daar nu ook moderne vormen van slavernij onder worden begrepen die gebaseerd zijn op de uitoefening op een persoon van een of alle bevoegdheden verbonden aan het recht van eigendom. Aldus: “*The Court considers that trafficking in human beings, by its very nature and aim of exploitation, is based on the exercise of powers attaching to the right of ownership. It treats human beings as commodities to be bought and sold and put to forced labour, often for little or no payment, usually in the sex industry but also elsewhere. It implies close surveillance of the activities of victims, whose movements are often circumscribed. It involves the use of violence and threats against victims, who live and work under poor conditions.*”<sup>1026</sup>

Volgens het Hof lijkt het dan ook geen twijfel dat mensenhandel een bedreiging vormt van de menselijke waardigheid en de fundamentele vrijheden van de slachtoffers en dat het geen plaats heeft in een democratische samenleving die de waarden van het EVRM hoog in het vaandel draagt. Het Hof vond het onnodig om na te gaan of mensenhandel als ‘slavernij’, als ‘dienstbaarheid’ of eerder als ‘dwangarbeid’ moet worden geïdentificeerd. Voor het Hof volstond het om vast te stellen dat mensenhandel op zich ingaat tegen de geest van artikel 4 EVRM, zodat het valt binnen de reikwijdte van de waarborgen die door artikel 4 EVRM worden geboden. Het Hof besloot dat mensenhandel, zoals omschreven in artikel 3 (a) van het VN-Protocol Mensenhandel en artikel 4 (A) van het Verdrag van de Raad van Europa ter bestrijding van mensenhandel, ondertekend in Warschau op 16 mei 2005, binnen de werkingssfeer en bescherming van artikel 4 EVRM valt.<sup>1027</sup> Het Hof erkent dus de ernst van mensenhandel als een mensenrechtenschending en maakt de weg vrij voor slachtoffers om een beroep te kunnen doen op de bescherming van het EVRM.

---

<sup>1023</sup> EHRM 26 juli 2005, nr. 73313/01, *Siliadin v. Frankrijk*, par. 121.

<sup>1024</sup> EHRM 7 januari 2010, nr. 25965/04, *Rantsev v. Cyprus en Rusland*, par. 272.

<sup>1025</sup> EHRM 7 januari 2010, nr. 25965/04, *Rantsev v. Cyprus en Rusland*, par. 277.

<sup>1026</sup> EHRM 7 januari 2010, nr. 25965/04, *Rantsev v. Cyprus en Rusland*, par. 281.

<sup>1027</sup> EHRM 7 januari 2010, nr. 25965/04, *Rantsev v. Cyprus en Rusland*, par. 282.

D. *Gevolgen verbonden aan de gemengde bescherming onder het VN-Protocol Mensenhandel, het Mensenhandelverdrag van de Raad van Europa en artikel 4 EVRM: de inhoud van de verleende bescherming en de toegang tot bescherming*

a.) Het verbod op verwijdering

406. In het VN-Protocol Mensenhandel wordt de repatriëring van slachtoffers opgevat als een gedeelde verantwoordelijkheid tussen Staten van herkomst en Staten van opvang. Artikel 8 bepaalt dat het aan Staten van herkomst is om de terugkeer van slachtoffers te vereenvoudigen en te aanvaarden zonder onverantwoorde of onredelijke vertraging, waarbij op passende wijze rekening wordt gehouden met de veiligheid van de persoon. Het is de bedoeling dat de terugkeer van het slachtoffer dat niet meer in het bezit is van de vereiste documenten, wordt vergemakkelijkt door een verificatie van de nationaliteit van het slachtoffer alsook door de aflevering van de nodige reisdocumenten.

Voorts stelt artikel 8 dat een Staat van opvang die een slachtoffer terugstuurt, op passende wijze dient rekening te houden met de veiligheid van die persoon alsook met de stand van enige rechtspleging die verband houdt met het gegeven dat die persoon slachtoffer is van mensenhandel. De terugkeer dient bij voorkeur vrijwillig te geschieden. Indien het slachtoffer niet vrijwillig wenst terug te keren, legt dit volgens de voorbereidende werken geen enkele verplichting op in hoofde van de Staat van opvang, zoals de toekenning van een verblijfsrecht.<sup>1028</sup> Artikel 8 verwijst niet uitdrukkelijk naar het non-refoulementbeginsel, maar volgens de voorbereidende werken moet artikel 8 worden begrepen “*without prejudice to any other obligations under customary international law regarding the return of migrants.*”<sup>1029</sup> Men kan hieruit afleiden dat de veiligheid van de persoon in de Staat van terugkeer nauw verbonden is aan een correcte toepassing van het non-refoulementbeginsel door de Staat van opvang. In die zin benadrukt de vrijwaringsclausule in artikel 24 dat de bepalingen van het Protocol geen afbreuk doen aan het non-refoulementbeginsel.

407. Het Mensenhandelverdrag van de Raad van Europa voorziet, vanuit de gekozen mensenrechtelijke benadering van deze problematiek, dat wanneer er redelijke gronden zijn om aan te nemen dat een desbetreffende persoon een slachtoffer is, Staten in hun nationale recht een periode van herstel en bezinning van ten minste 30 dagen dienen te voorzien (artikel 13). Tijdens deze periode mag de vreemdeling niet verwijderd worden. Deze periode dient voor de vreemdeling voldoende te zijn om zich te herstellen en zich te onttrekken aan de invloed van de mensenhandelaars en/of op basis van voldoende informatie te beslissen of hij met de bevoegde autoriteiten wil samenwerken. Wanneer er elementen zijn van openbare orde of bedrog, zijn Staten niet gehouden om deze periode in acht te nemen.

Ook in dit Verdrag wordt de repatriëring en terugzending van slachtoffers opgevat als een gedeelde verantwoordelijkheid tussen de Staten van herkomst en de Staten van opvang (artikel 16). Het is aan de Staten van herkomst om de terugkeer van slachtoffers te vergemakkelijken en te aanvaarden, zonder onnodige of onredelijke vertraging, met zorgvuldige inachtneming van de rechten, veiligheid en waardigheid van de betrokken persoon. Een verificatie van de nationaliteit van het slachtoffer alsook de aflevering van de nodige reisdocumenten, moet de repatriëring vergemakkelijken. Vice versa dient een Staat van opvang die een slachtoffer terugzendt naar een andere Staat, deze terugzending bij voorkeur vrijwillig laten geschieden en met zorgvuldige inachtneming met de rechten,

---

<sup>1028</sup> Zie *UN Doc. A/55/383/Add.1*, 14, punt 73 ('Interpretative notes') en A. GALLAGHER, "Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis", *Human Rights Quarterly* 2001, 992.

<sup>1029</sup> *UN Doc. A/55/383/Add.1*, 14, punt 77 ('Interpretative notes').

veiligheid en waardigheid van die persoon en van de stand van enige gerechtelijke procedure in verband met het feit dat de persoon een slachtoffer is.

De verwijzing naar de ‘rechten’ van het betrokken slachtoffer slaat volgens het Verklarend Rapport in bijzonder op “*the right not to be subjected to inhuman or degrading treatment, the right to the protection of private and family life and the protection of his/her identity.*” Het Rapport verwijst naar de arresten *Soering* en *Cruz Varas* van het EHRM en het beginsel van het verbod op directe en indirecte refolement, alsook de zaak *D. v. Verenigd Koninkrijk* en de toepassing van non-refolement op situaties van slechte behandeling die niet rechtstreeks het gevolg zijn van een handeling of nalatigheid van actoren maar eerder het gevolg van omstandigheden en factoren.<sup>1030</sup> De terugkeer dient ook hier bij voorkeur vrijwillig te geschieden. Dit Verdrag benadrukt tenslotte dat kinderen die slachtoffer zijn, niet worden teruggestuurd indien er aanwijzingen zijn, na een risico- en veiligheidsbeoordeling, dat de terugzending niet in het belang van het kind zou zijn.

408. In de arresten *Siliadin v. Frankrijk* (2005) en *Rantsev* (2010) bevestigde het Hof dat artikel 4 EVRM één van de meest fundamentele waarden van de democratische samenlevingen in de Raad van Europa belichaamt en bovendien een niet-opschortbaar absoluut recht is.<sup>1031</sup> Deze bevestiging van artikel 4 EVRM als een fundamenteel en absoluut recht, betekent dat verdragsluitende Staten zich moeten onthouden van directe en indirecte handelingen die in strijd zijn met het verbod onder artikel 4 EVRM. Hoewel het Hof zich nog niet ten gronde hierover heeft uitgesproken, kan hieruit worden afgeleid dat artikel 4 EVRM, net zoals artikelen 2 en 3 EVRM, eveneens een impliciet refolementverbod inhoudt en dus personen tegen verwijdering beschermt wanneer er zwaarwegende gronden zijn om aan te nemen dat die verwijdering een reëel risico inhoudt dat ze worden blootgesteld aan een behandeling die verboden is onder artikel 4 EVRM. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer ze bij terugkeer in het land van herkomst worden onderworpen aan slavernij of gedwongen prostitutie.<sup>1032</sup> Het kan ook de situatie betreffen waarin bij terugkeer een reëel risico bestaat op represailles door de mensenhandelaars.

Tenslotte heeft het Hof bevestigd dat slavernij of mensenhandel eveneens aanleiding kan geven tot een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM.<sup>1033</sup> In de zaak *Rantsev* stelde het Hof “*it is clear that the use of violence and the ill-treatment of victims are common features of trafficking.*”<sup>1034</sup> Volgens het Hof houdt elke onmenselijke of vernederende behandeling waardoor een slachtoffer lijdt dan ook op inherente wijze verband met de feiten van mensenhandel en uitbuiting. De verwijdering van een persoon valt in het kader van slavernij en mensenhandel dus ook onder de bescherming van het non-refolementbeginsel zoals afgeleid uit artikel 3 EVRM.

#### b.) Status, verblijf en daarbij horende rechten

409. Het VN-Protocol Mensenhandel kent geen materiële rechten toe aan slachtoffers maar stelt enkel inspanningsverbintenissen ten aanzien van de Staten van opvang. Volgens artikel 6 dienen de Staten van opvang, in de eerste plaats, maatregelen te nemen die de privacy en de identiteit van de slachtoffers beschermen, informatie te verstrekken aan slachtoffers met betrekking tot rechtsplegingen en bijstand te verlenen zodat slachtoffers hun mening en

---

<sup>1030</sup> Council of Europe, Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, Explanatory Report, CETS no. 197, par. 202-203.

<sup>1031</sup> EHRM 26 juli 2005, nr. 73313/01, *Siliadin v. Frankrijk*, par. 82 en 112 en EHRM 7 januari 2010, nr. 25965/04, *Rantsev v. Cyprus en Rusland*, par. 283.

<sup>1032</sup> Zie onder meer EHRM 19 januari 1999, nr. 42367/98, *Ould Barar v. Zweden* (onontvankelijkheidsbeslissing) en EHRM 1 december 2009, nr. 16081/08, *M. v. Verenigd Koninkrijk* (geschrapt).

<sup>1033</sup> EHRM 19 januari 1999, nr. 42367/98, *Ould Barar v. Zweden* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>1034</sup> EHRM 7 januari 2010, nr. 25965/04, *Rantsev v. Cyprus en Rusland*, par. 252.

zorgen kunnen uiten tijdens de strafrechtelijke procedure tegen de daders. Voorts wordt bepaald dat Staten van opvang ernaar streven om maatregelen te nemen die het lichamelijk, psychologisch en sociaal herstel beogen van de slachtoffers, in het bijzonder door te zorgen voor passende huisvesting, informatie met betrekking tot hun rechten, medische, psychologische en materiële bijstand en mogelijkheden inzake tewerkstelling, onderwijs en opleiding. Staten streven ernaar om de fysieke veiligheid te verzekeren van de slachtoffers zolang zij zich op hun grondgebied bevinden. Van belang is dat Staten rekening houden met de leeftijd, het geslacht en de specifieke noden van slachtoffers. Wat kinderen in het bijzonder betreft, houdt dit in dat Staten maatregelen nemen inzake behoorlijke huisvesting en alsook zorgen voor behoorlijk onderwijs. De facultatieve formulering van de bescherming en de bijstand die Staten dienen te verlenen wordt onderstreept door het feit dat deze maatregelen maar genomen dienen te worden ‘voor zover dit nodig is’ en/of ‘het nationaal recht die mogelijkheid biedt’.

410. Artikel 7 van het VN-Protocol handelt over het ‘Statuut van de slachtoffers van mensenhandel in de Staten van opvang’. Er werd door de Algemene Vergadering intentioneel gekozen voor het woord ‘statuut’ in plaats van ‘situatie’, dat iets meer affirmatiever de nood aan bescherming benadrukt en daarmee een tendens in internationaal recht volgt waar op dezelfde wijze wordt gesproken over het vluchtelingenstatuut en het statuut van staatlozen.<sup>1035</sup> Het statuut van slachtoffer van mensenhandel houdt in dat Staten van opvang maatregelen van wetgevende aard en andere passende maatregelen dienen te overwegen, die slachtoffers van mensenhandel de mogelijkheid bieden om, voor zover dat nodig is, voorlopig of permanent op hun grondgebied te blijven. Daarbij houden de Staten naar behoren rekening met de humanitaire en persoonlijke omstandigheden van het slachtoffer (in het Engels ‘*humanitarian and compassionate factors*’). Dit is zeer optioneel geformuleerd. Volgens Gallagher heeft de Algemene Vergadering nooit ernstig overwogen om het *recht* op verblijf toe te kennen aan slachtoffers van mensenhandel, omdat Staten bang waren dat een verblijfsrecht illegale immigratie zou aantrekken en de mensenhandelaars ten goede zou komen.<sup>1036</sup> Anderzijds werd erkend dat de slachtoffers de rechtmatige nood hadden om in de Staat van opvang te blijven “*for humanitarian purposes and to protect them from being victimized again by traffickers.*” De verwijzing naar de ‘humanitaire omstandigheden’ waar Staten naar behoren rekening mee dienen te houden, moet volgens de voorbereidende werken dan ook worden begrepen als “*the rights established in the human rights instruments,*” die op alle individuen van toepassing zijn. Met ‘persoonlijke omstandigheden’ wordt dan weer verwezen naar factoren zoals leeftijd, gezinssituatie, e.a.<sup>1037</sup> Als tegengewicht voor het feit dat het Protocol meer nadruk legt op de preventie en de bestraffing van de mensenhandelaars (en daarbij ook meer dwingende bepalingen neerlegt) dan op de bescherming van de slachtoffers (waar de bepalingen vrijblijvender zijn),<sup>1038</sup> bevat het Protocol een vrijwaringsclausule waarin wordt gesteld dat het Protocol geen afbreuk doet aan de rechten, verplichtingen en verantwoordelijkheden van Staten en van personen krachtens het internationaal recht, met name het internationaal humanitair recht, de mensenrechten, het VN-Vluchtelingenverdrag, het non-refoulementbeginsel en het non-discriminatiebeginsel.

411. Hoofdstuk III van het Mensenhanderverdrag van de Raad van Europa is geheel gewijd aan de bescherming van de slachtoffers en bevat bindende bepalingen die verder gaan dan wat in het VN-Protocol Mensenhandel wordt bepaald. De privacy van de slachtoffers moet worden

---

<sup>1035</sup> UN Doc. A/AC.254/4/Add.3/Rev.7, 6, voetnoot 27.

<sup>1036</sup> A. GALLAGHER, “Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis”, *Human Rights Quarterly* 2001, 992.

<sup>1037</sup> UN Doc. A/AC.254/4/Add.3/Rev.7, 6-7, voetnoten 28 en 29.

<sup>1038</sup> A. GALLAGHER, “Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis”, *Human Rights Quarterly* 2001, 994.

beschermd (artikel 11). Staten moeten de nodige wetgevende of andere maatregelen aannemen om slachtoffers te helpen bij hun fysiek, geestelijk en sociaal herstel (artikel 12). Tijdens de bezinningsperiode hebben slachtoffers recht op dergelijke hulp die ten minste volgende elementen omvat: (a) een levensstandaard die de slachtoffers in staat stelt om in hun onderhoud te voorzien (bijvoorbeeld door passende en veilige huisvesting, psychologische en materiële ondersteuning), (b) de toegang tot spoedeisende medische behandeling, (c) zo nodig hulp bij vertaling en vertolking, (d) advisering en informatie (in het bijzonder inzake hun rechten en diensten die ter beschikking staan, in een begrijpelijke taal), (e) bijstand om mogelijk te maken dat hun rechten naar voor worden gebracht en hun belangen worden behartigd en dat daarmee rekening wordt gehouden in de verschillende fasen van de strafrechtelijke procedure tegen de daders, (f) de toegang tot onderwijs voor kinderen. Staten houden tenslotte naar behoren rekening met de behoeften van slachtoffers wat betreft veiligheid en bescherming. De hulp aan een slachtoffer mag niet afhankelijk worden gemaakt van de bereidheid om als getuige op te treden.

Betreft het een slachtoffer dat legaal op het grondgebied verblijft van de Staat, dan breidt de omvang van de hulp uit. Zo moet de nodige medische of andere hulp worden verstrekt, indien het slachtoffer niet over adequate middelen beschikt. Staten nemen ook regelgeving aan die legaal verblijvende slachtoffers recht geeft op toegang tot de arbeidsmarkt, beroepsopleidingen en onderwijs. De hulp dient geleverd te worden op basis van wederzijds goedvinden en voldoende informatie, waarbij naar behoren rekening wordt gehouden met de bijzondere behoeften van kwetsbare personen en de rechten van kinderen inzake huisvesting, onderwijs en passende gezondheidszorg.

412. Staten geven een verlengbare verblijfsvergunning af aan slachtoffers wanneer (a) de bevoegde autoriteit van oordeel is dat hun verblijf vanwege hun persoonlijke situatie noodzakelijk is, en/of (b) de bevoegde autoriteit van oordeel is dat hun verblijf noodzakelijk is met het oog op hun samenwerking met de bevoegde autoriteiten bij het onderzoek of de strafrechtelijke procedure (artikel 14). Het Verklarend Rapport bij het Verdrag verduidelijkt de doelstelling van deze bepaling als volgt: *“Immediate return of the victims to their countries is unsatisfactory both for the victims and for the law-enforcement authorities endeavouring to combat the traffic. For the victims this means having to start again from scratch – a failure, that in most cases, they will keep quiet about, with the result that nothing will be done to prevent other victims from falling into the same trap. A further factor is fear of reprisals by the traffickers, either against the victims themselves or against family or friends in the country of origin. For the law enforcement authorities, if the victims continue to live clandestinely in the country or are removed immediately they cannot give information for effectively combating the traffic. The greater victims’ confidence that their rights and interests are protected, the better the information they will give. Availability of residence permits is a measure calculated to encourage them to cooperate.”*<sup>1039</sup>

Staten kunnen dus kiezen tussen het toekennen van een verlengbare verblijfsvergunning in ruil voor samenwerking met de ordehandhavingsoverheden en het toekennen van een verlengbare verblijfsvergunning met oog voor de noden van het slachtoffer, of kiezen om beide benaderingen simultaan te hanteren. Wanneer men een verblijfsvergunning toekent, wil dat zeggen dat er ofwel een onderzoek of een vervolging plaatsvindt waarbij het slachtoffer samenwerkt met de overheden, of dat de persoonlijke omstandigheden van het slachtoffer van die aard zijn dat het onredelijk zou zijn om hem te dwingen het grondgebied te verlaten. Bij het beoordelen van de persoonlijke situatie van het slachtoffer wordt rekening gehouden met

---

<sup>1039</sup> Council of Europe, Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, Explanatory Report, CETS no. 197, par. 181.

een aantal factoren en omstandigheden zoals de veiligheid van het slachtoffer, zijn gezondheidstoestand en de gezinssituatie.

De verblijfsvergunning voor kinderen die slachtoffer zijn, wordt, indien de wet dat vereist, afgegeven in overeenstemming met de belangen van het kind en wordt, wanneer van toepassing, onder dezelfde voorwaarden verlengd. De duur van de verblijfsvergunning wordt niet nader bepaald, maar de verblijfsvergunning moet wel verlengbaar zijn. De nationale immigratieregels zijn van toepassing op het niet-verlengen of intrekken van een verblijfsvergunning. Het toekennen van een verblijfsvergunning laat het recht om asiel te zoeken onverlet.

Net zoals het VN-Protocol Mensenhandel bevat dit Verdrag een vrijwaringsclausule waarin wordt gesteld dat het Protocol geen afbreuk doet aan de rechten, verplichtingen en verantwoordelijkheden van Staten en van personen uit hoofde van het internationale recht, met name het internationaal humanitair recht, de mensenrechten, het VN-Vluchtelingenverdrag, het non-refoulementbeginsel, alsook het non-discriminatiebeginsel (artikelen 3 en 40).

413. Tenslotte heeft het Europees Hof voor de rechten van de mens gesteld dat artikel 4 EVRM, naast een negatieve verplichting, ook aanleiding kan geven tot positieve verplichtingen die van belang zijn voor de bescherming van slachtoffers.<sup>1040</sup> In de zaak *Siliadin* herinnerde het Hof aan de positieve verplichtingen die gelden inzake artikelen 2, 3 en 8 EVRM alsook in het bijzonder met betrekking tot kinderen. Een heel aantal internationale instrumenten beschermt tegen slavernij, dienstbaarheid of dwangarbeid en legt bovendien positieve verplichtingen op aan Staten. Aangezien artikel 4 EVRM, volgens het Hof, net zoals artikelen 2 en 3 EVRM, een van de meest fundamentele waarden van democratische samenlevingen belichaamt, meende het Hof dat “*limiting compliance with Article 4 of the Convention only to direct action by the State authorities would be inconsistent with the international instruments specifically concerned with this issue and would amount to rendering it ineffective. Accordingly, it necessarily follows from this provision that States have positive obligations, in the same way as under Article 3 for example, to adopt criminal-law provisions which penalise the practices referred to in Article 4 and to apply them in practice.*”<sup>1041</sup> In lijn met de hedendaagse normen en tendensen in dit domein, moeten de positieve verplichtingen onder artikel 4 EVRM volgens het Hof worden begrepen als de verplichting om elke handeling van slavernij, dienstbaarheid en dwangarbeid te bestraffen en daadwerkelijk te vervolgen; dit in het breder juridisch en administratief kader van daadwerkelijke bescherming.<sup>1042</sup>

414. In de *Rantsev*-zaak onderzocht het Hof, in het kader van mensenhandel, een uitbreiding van de positieve verplichtingen onder artikel 4 EVRM. Rekening houdend met het relevante juridische kader in de verdragsluitende Staten, overwoog het Hof dat “*that the spectrum of safeguards set out in national legislation must be adequate to ensure the practical and effective protection of the rights of victims or potential victims of trafficking.*”<sup>1043</sup> Het Hof wees op de verplichting om een juridisch en administratief kader uit te werken waardoor mensenhandel wordt verboden en bestraft, alsook de verplichting om lacunes in de

---

<sup>1040</sup> R. PIOTROWICZ, “States’ Obligation under Human Rights Law towards Victims of Trafficking in Human Beings: Positive Developments in Positive Obligations”, *IJRL* 2012, 181-201.

<sup>1041</sup> EHRM 26 juli 2005, nr. 73313/01, *Siliadin v. Frankrijk*, par. 89.

<sup>1042</sup> EHRM 26 juli 2005, nr. 73313/01, *Siliadin v. Frankrijk*, par. 112. Zie ook EHRM 11 oktober 2012, nr. 67724/09, *C.N. en V. v. Frankrijk*, par. 105-108.

<sup>1043</sup> EHRM 7 januari 2010, nr. 25965/04, *Rantsev v. Cyprus en Rusland*, par. 284.

immigratiewetgeving aan te pakken.<sup>1044</sup> Daarnaast verwijst het Hof naar een omvattende benadering in de bestrijding van mensenhandel die door het VN-Protocol Mensenhandel wordt gehuldigd. Naast maatregelen ter voorkoming en bestraffing van mensenhandel, zijn ook maatregelen ter bescherming van slachtoffers aangewezen. Alleen een combinatie van de drie maatregelen zal leiden tot een effectief beleid in het kader van de strijd tegen mensenhandel.

415. Wat betreft de specifieke bescherming van slachtoffers, vereist artikel 4 EVRM, net als de artikelen 2 en 3 EVRM, dat Staten operationele maatregelen nemen om slachtoffers of potentiële slachtoffers te beschermen.<sup>1045</sup> Opdat een positieve verplichting ontstaat om operationele maatregelen te nemen in de omstandigheden van een specifiek geval, moet worden aangetoond dat *“the State authorities were aware, or ought to have been aware, of circumstances giving rise to a credible suspicion that an identified individual had been, or was at real and immediate risk of being trafficked or exploited within the meaning of Article 3 (a) of the Palermo Protocol and Article 4 (a) of the Anti-Trafficking Convention.”*<sup>1046</sup> Indien het antwoord positief is – de Staten waren op de hoogte of moesten op de hoogte zijn – dan is er een schending van artikel 4 EVRM wanneer de overheden *“fail to take appropriate measures within the scope of their powers to remove the individual from that situation or risk.”*<sup>1047</sup> Staten mogen dus geen onwetendheid pleiten t.a.v. de situatie van een slachtoffer wanneer ze op de hoogte hadden moeten zijn van deze situatie.

Belangrijk is dat deze verplichting moet worden geïnterpreteerd op een wijze die geen onmogelijke of disproportionele last op de overheden legt. De verplichting om operationele maatregelen te nemen is dus niet zo absoluut dat ze in alle omstandigheden moet worden toegepast. Het Hof geeft Staten daarin een zekere beleidsmarge, rekening houdend met gestelde prioriteiten en beschikbare middelen. Daarbij wordt benadrukt dat Staten die partij zijn bij het VN-Protocol Mensenhandel zich hebben geëngageerd om de fysieke veiligheid van de slachtoffers te verzekeren wanneer zij zich op hun grondgebied bevinden. Dit element moet in rekening worden gebracht bij het beoordelen van de proportionaliteit van elke eventuele positieve verplichting.<sup>1048</sup> Het Hof verduidelijkt niet nader wat concreet en exhaustief wordt verstaan onder operationele en passende maatregelen ter bescherming van slachtoffers. Zodoende kan uit de voorlopige beperkte rechtspraak van het Hof niet meteen een verblijfsrecht afgeleid worden uit de negatieve én positieve verplichtingen onder artikel 4 EVRM.

### c.) De toegang tot bescherming

416. In het VN-Protocol Mensenhandel wordt de toegang tot bescherming niet omkaderd; er wordt niet nader bepaald hoe slachtoffers van mensenhandel moeten worden geïdentificeerd. Het Protocol kent voorts geen procedurele rechten of een daadwerkelijk rechtsmiddel toe aan de slachtoffers van mensenhandel.

417. In het Mensenhandelverdrag van de Raad van Europa geldt wel een identificatieplicht in hoofde van Staten (artikel 10). Om slachtoffers te beschermen en bijstand te verlenen is het

---

<sup>1044</sup> Zie een zelfde redenering voor huisslavernij: EHRM 13 november 2012, nr. 4239/08, *C.N. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 81: Artikel 4 EVRM werd in casu geschonden omdat er geen specifieke wetgeving voorhanden was die huisslavernij strafbaar stelt.

<sup>1045</sup> EHRM 7 januari 2010, nr. 25965/04, *Rantsev v. Cyprus en Rusland*, par. 298: Volgens het Hof had de Cypriotische politie gefaald in het nemen van operationele maatregelen ter bescherming van het slachtoffer hoewel er omstandigheden waren *“which gave rise to a credible suspicion that Ms. Rantseva might have been trafficked or exploited”*.

<sup>1046</sup> EHRM 7 januari 2010, nr. 25965/04, *Rantsev v. Cyprus en Rusland*, par. 286.

<sup>1047</sup> EHRM 7 januari 2010, nr. 25965/04, *Rantsev v. Cyprus en Rusland*, par. 286.

<sup>1048</sup> EHRM 7 januari 2010, nr. 25965/04, *Rantsev v. Cyprus en Rusland*, par. 287.



immers van het opperste belang om hen correct te identificeren. Door aanneming van wetgevende en andere maatregelen en door te beschikken over opgeleid en gekwalificeerd personeel, dienen Staten de snelle identificatie van slachtoffers te verzekeren. Bovendien moet elke Staat waarborgen dat, indien de bevoegde autoriteiten redelijke gronden hebben om aan te nemen dat een persoon het slachtoffer is geweest van mensenhandel, deze persoon niet van het grondgebied wordt verwijderd voordat de identificatieprocedure is afgerond. Is het slachtoffer een niet-begeleid kind, dan moet de Staat zorgen voor een vertegenwoordiging van het kind door een voogd, organisatie of autoriteit die in het belang van het kind handelt. Zijn identiteit en nationaliteit moet worden vastgesteld zodat een Staat zich kan inspannen om familieleden te lokaliseren indien dit in het belang van het kind is.

418. Artikel 4 EVRM houdt, volgens het Hof in de zaak *Rantsev*, ook een procedurele verplichting in om mogelijke situaties van mensenhandel te onderzoeken. Deze onderzoeksplicht is niet afhankelijk van een klacht van een slachtoffer; eens zo'n situatie onder de aandacht is gekomen van de overheden, moeten deze overheden op eigen initiatief verder handelen. Het onderzoek moet op onafhankelijke wijze plaatsvinden en niet enkel leiden tot de snelle identificatie en bestraffing van de daders. Het is ook belangrijk dat het onderzoek bij hoogdringendheid wordt ondernomen wanneer de mogelijkheid bestaat om een slachtoffer te bevrijden uit een schadelijke situatie.<sup>1049</sup>

Gezien het belang dat aan artikel 4 EVRM als fundamentele en absolute bepaling wordt gehecht, kan worden geargumenteed dat artikel 4 EVRM in het kader van de verblijfsregelgeving, net zoals artikel 3 EVRM, een nauwkeurig onderzoek van de nood aan bescherming vereist. Dat gebeurt idealiter op basis van een procedure die een zinvol onderzoek en beoordeling van de nood aan bescherming, zowel in het land van herkomst als in de ontvangende Staat, mogelijk maakt. Wanneer de nood aan bescherming negatief wordt beoordeeld door de Staat, dan dient de vreemdeling de mogelijkheid te hebben om deze negatieve beslissing en de verwijdering naar het land van herkomst aan te vechten. Een daadwerkelijk rechtsmiddel, zoals bepaald in artikel 13 EVRM, dient ter beschikking te staan. Omwille van het fundamentele belang van artikel 4 EVRM kan worden geargumenteed dat, net zoals bij artikel 3 EVRM, de doeltreffendheid van het rechtsmiddel onder artikel 13 EVRM op dwingende wijze een onafhankelijk en zo nauwkeurig mogelijk onderzoek vereist en gepaard moet gaan met een automatisch schorsend effect. Het is evenwel niet geheel duidelijk hoe intens het nauwgezet onderzoek en de rechterlijke toetsing dienen te gebeuren en of de nationale overheden, net zoals het Hof, eveneens dienen over te gaan tot een volle en *ex nunc*-toetsing van de feiten.

### *E. Tussenbesluit*

419. De combinatie van de hierboven beschreven internationale verdragen, in het bijzonder de mensenrechtelijke benadering in het Mensenhandelverdrag van de Raad van Europa en in de rechtspraak van het EHRM, heeft gevolgen voor de toepassing van de verblijfsregelgeving door Staten. Zoals Piotrowicz stelt: *“There are two principal areas in which states can be responsible for protecting the human rights of victims of trafficking. The first is where they become directly involved – usually here a victim seeks international protection in a destination country (i.e. she reasonably fears a serious violation of her basic rights should she return to her home state). The second is related to this: the obligation of states under international human rights law to ensure the protection of certain basic rights which are*

---

<sup>1049</sup> EHRM 7 januari 2010, nr. 25965/04, *Rantsev v. Cyprus en Rusland*, par. 288.

*threatened by non-state actors. It is this obligation that may create duties for states to protect others who are at risk from the criminal activities of traffickers.”*<sup>1050</sup>

420. Een Staat mag geen verwijderingsmaatregel nemen zolang niet feitelijk is vastgesteld dat de vreemdeling daadwerkelijk een slachtoffer van mensenhandel is. Daarnaast moet een Staat bij het repatriëren van een slachtoffer naar het land van herkomst ook voldoende rekening houden met de omstandigheden in het land van herkomst die een negatieve impact kunnen hebben op de rechten, veiligheid en waardigheid van het slachtoffer. Dit kan het geval zijn wanneer represailles tegen hem of familieleden te verwachten zijn. De verwijdering mag alvast niet leiden tot de blootstelling aan een behandeling in strijd met artikelen 3 en 4 EVRM. Bijzondere aandacht moet daarbij worden besteed aan het belang van het betrokken kind.

421. Naast het voorkomen, bestraffen en vervolgen van mensenhandel, zijn Staten gebonden om maatregelen te nemen ter bescherming van de slachtoffers van mensenhandel. Deze verplichting geldt vanaf het moment dat de Staten op de hoogte zijn of op hoogte hadden moeten zijn van een situatie van mensenhandel. Veel belang wordt daarbij gehecht aan de privacy en de fysieke veiligheid van het slachtoffer op het grondgebied van de Staat van opvang, zodat een schending van zijn basisrechten door de mensenhandelaars wordt voorkomen. In die zin wordt voorzien dat het slachtoffer beschikt over een herstel- en bezinningsperiode. Tijdens deze periode mag hij niet worden verwijderd en geniet hij van een aantal socio-economische rechten inzake huisvesting, levensstandaard, medische hulp en onderwijs. Ook hier geldt een bijzondere aandacht voor de noden van het kind. Deze bescherming mag niet afhankelijk worden gesteld van de medewerking van het slachtoffer aan het onderzoek en de strafrechtelijke procedure.

422. De bijzondere bescherming die het slachtoffer als kwetsbare vreemdeling geniet, kan soms uitmonden in een verblijfsvergunning. Naargelang de keuze die door de Staat van opvang werd gemaakt, kan een verblijfsvergunning worden toegekend omdat de persoonlijke situatie van het slachtoffer dit noodzaakt, en/of omdat een verder verblijf van het slachtoffer noodzakelijk is in het kader van zijn samenwerking in het onderzoek of de strafrechtelijke procedure tegen de daders. Kortom, een verblijfsvergunning kan vanuit een oprechte beschermingsnood worden afgegeven of eerder als een instrument worden gebruikt om de samenwerking met de ordehandhavingsdiensten aan te moedigen. Er geldt in hoofde van de Staten een onderzoeksplicht en een identificatieplicht. Deze verplichting noopt Staten om de nodige gevoeligheid en bewustheid aan de dag te leggen inzake mensenhandel. Het noopt Staten om zo snel mogelijk te onderzoeken of vreemdelingen, die onder de aandacht komen van overheden als potentiële slachtoffers van mensenhandel, ook daadwerkelijk werden verhandeld of onderworpen aan uitbuiting. Dit moet ertoe leiden dat een slachtoffer van menshandel zo spoedig mogelijk wordt weggehaald uit een schadelijke situatie en de toegang heeft tot de hierboven beschreven beschermende maatregelen. In het kader van de verblijfsregelgeving houdt de onderzoeksplicht in dat een nauwkeurig onderzoek wordt verricht naar de nood aan bescherming, zowel in het land van herkomst als het land van opvang. Het slachtoffer dient te beschikken over een daadwerkelijk rechtsmiddel tegen een verwijderingsmaatregel of een negatieve verblijfsbeslissing.

---

<sup>1050</sup> R. PIOTROWICZ, “Human Security and Trafficking of Human Beings: The Myth and the Reality”, in A. EDWARDS en C. FERSTMAN (eds.), *Human Security and Non-Citizens*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 413.

## **§ 2. De slachtoffers van mensensmokkel**

423. In het licht van de volgende onderdelen van het proefschrift die handelen over EU-geharmoniseerde en nationale vormen van bijkomende bescherming, is het opportuun om kort te verwijzen naar de internationale minimumstandaarden ter bescherming van de slachtoffers van mensenhandel. Deze zijn zeer beperkt maar leggen niettemin een kiem van bescherming die op EU- en/of nationaal niveau verder werd/wordt uitgewerkt.

424. Op 15 november 2000 nam de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties, naast het VN-Protocol Mensenhandel, ook een Protocol tegen de smokkel van migranten over land, over zee en in de lucht aan en dit ter aanvulling van het VN-Verdrag tegen grensoverschrijdende georganiseerde misdaad. Het VN-Protocol Mensensmokkel trad in werking op 28 januari 2004. Ook hier streeft het Protocol een omvattende benadering na: de voorkoming en bestrijding van mensensmokkel, het bevorderen van de internationale samenwerking en de bescherming van de rechten van de slachtoffers van mensensmokkel. De toepassing van het Protocol is beperkt tot situaties van grensoverschrijdende mensensmokkel waarbij een georganiseerde criminele groep betrokken is.

425. Mensensmokkel wordt gedefinieerd als het regelen van de illegale toegang tot een Staat van een persoon die geen onderdaan is van die Staat, noch het recht heeft om permanent op het grondgebied van die Staat te verblijven, met het doel daaruit rechtstreeks of onrechtstreeks een vermogensvoordeel of een ander materieel voordeel te verwerven. De voorziene maatregelen inzake bescherming en bijstand aan slachtoffers van mensensmokkel zijn voornamelijk gericht op het verzekeren van de fysieke veiligheid van de slachtoffers (artikel 16). Dit moet vreemdelingen behoeden voor verzwarende omstandigheden. Zo moet elke Staat alle passende maatregelen nemen om de internationaal erkende rechten van de slachtoffers te vrijwaren, in het bijzonder het recht op leven en het recht om niet te worden onderworpen aan foltering, noch aan wrede, onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing (inclusief uitbuiting). Passende maatregelen moeten ook worden genomen om de slachtoffers, op passende wijze, te beschermen tegen iedere vorm van geweld die hen kan worden toegebracht. Passende bijstand moet worden verleend aan de vreemdelingen wier leven of veiligheid in gevaar is gebracht omdat zij slachtoffers zijn van mensensmokkel. Daarbij moet rekening worden gehouden met de bijzondere noden van vrouwen en kinderen. Er wordt niet nader ingevuld wat verstaan moet worden onder ‘passende maatregelen’.

Een ruimere bijstand, zoals huisvesting, medische en geestelijke zorg of onderwijs wordt in dit Protocol echter niet voorzien en, in tegenstelling tot het VN-Protocol Mensenhandel, vereist dit Protocol niet dat Staten de mogelijkheid overwegen om een tijdelijk of permanent verblijf toe te kennen aan de slachtoffers van mensensmokkel. Deze beperkte bescherming vloeit voort uit het standpunt dat de slachtoffers van mensensmokkel niet dezelfde slachtofferstatus kunnen claimen als de slachtoffers van mensenhandel, aangezien zij vrijwillig deelgenomen hebben aan de mensensmokkel. Daarnaast opereert ook dit Protocol eerder vanuit het perspectief van de handhaving van de migratiecontrole en openbare orde, eerder dan vanuit een bezorgdheid om de mensenrechten van de slachtoffers van mensensmokkel.

426. Ook in dit Protocol wordt de terugkeer van slachtoffers opgevat als een gedeelde verantwoordelijkheid tussen de Staten van herkomst en de Staten van opvang (artikel 18). Het is aan de Staten van herkomst om de terugkeer van de slachtoffers te vergemakkelijken en te aanvaarden, zonder onverantwoorde of onredelijke vertraging. Echter, in tegenstelling tot het VN-Protocol Mensenhandel, vereist dit Protocol niet dat de Staten van opvang en herkomst

rekening houden met de veiligheid van de slachtoffers tijdens het terugkeerproces. Wel bevat het Protocol ook een algemene vrijwaringsclausule waarin wordt gesteld dat het Protocol geen afbreuk doet aan de rechten, verplichtingen en verantwoordelijkheden van de Staten en van personen uit hoofde van het internationale recht, met name het internationaal humanitair recht, de mensenrechten, het VN-Vluchtelingenverdrag, het non-refoulementbeginsel alsook het non-discriminatiebeginsel (artikel 19). De beperktheid van dit Protocol inzake de bescherming van de slachtoffers van mensensmokkel mag dus niet los worden gezien van eventuele ruimere negatieve en positieve verplichtingen tot bescherming onder de internationale mensenrechten, inclusief het EVRM.

### **§ 3. Niet-begeleide minderjarige vreemdelingen (NBM's)**

#### **A. Het VN-Kinderrechtenverdrag**

427. Minderjarige vreemdelingen die zich op het grondgebied van een EU-lidstaat bevinden, kunnen, net zoals volwassenen, nood hebben aan bescherming. Omwille van hun minderjarigheid (m.n. hun lichamelijke en geestelijke onvolwassenheid) bevinden minderjarige vreemdelingen zich in een kwetsbaardere positie dan volwassen vreemdelingen. Die kwetsbaarheid wordt verhoogd wanneer het de bijzondere groep van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen betreft; dit zijn minderjarigen die werden gescheiden van hun ouders, voogden of verzorgers.<sup>1051</sup>

428. De nood aan bescherming kan verbonden zijn met omstandigheden in het land van herkomst, omstandigheden in het land van opvang of een mengeling daarvan. NBM's kunnen dus evenzeer een vrees voor vervolging in hun land van herkomst koesteren, op de vlucht zijn voor een burgeroorlog of in een EU-lidstaat belanden als slachtoffer van mensenhandel. De verschillende minimumstandaarden van bescherming in het internationaal recht die eerder werden besproken, m.n. het VN-Vluchtelingenverdrag, de bepalingen van het EVRM, in het bijzonder artikelen 3, 4 en 8 EVRM, en de verschillende instrumenten inzake mensenhandel en mensensmokkel, zijn, waar relevant, ook van toepassing op deze NBM's.

Een aantal van deze instrumenten houden concreet rekening met de bijzondere noden en de bijzondere bescherming die minderjarige vreemdelingen behoeven, zoals het VN-Protocol Mensenhandel en het Mensenhandelsverdrag van de Raad van Europa. In het VN-Vluchtelingenverdrag wordt niet specifiek verwezen naar de bijzondere beschermingsnoden van minderjarige asielzoekers in het kader van vervolging. Wel wordt verwezen naar het beginsel van de eenheid van het gezin. In het kader van de bescherming van dit beginsel wordt de aanbeveling gedaan aan Staten om maatregelen te nemen voor de bescherming van niet-begeleide minderjarige vluchtelingen, met bijzondere verwijzing naar voogdij en adoptie. Ook het EVRM houdt geen rechtstreekse verwijzing in naar kinderen, laat staan naar minderjarige vreemdelingen. Maar net zoals bij volwassenen, is het EVRM van toepassing op ieder kind dat zich onder de rechtsmacht van een verdragsluitende Staat bevindt, ongeacht zijn nationaliteit of verblijfsstatus.

429. Het Verdrag inzake de Rechten van het Kind dat door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties werd aangenomen op 20 november 1989 in New York trad, in werking op 2 september 1990. De bepalingen van dit Verdrag, dat geheel en uitsluitend gericht is op kinderrechten, moeten worden beschouwd en gebruikt als een aanvullende laag van bijzondere bescherming, m.a.w. het versterkt en vervolledigt m.b.t. kinderen de bestaande minimumstandaarden van bescherming. Het is van toepassing, conform artikel 2 van het Verdrag, op ieder kind dat zich bevindt op het grondgebied van en onder de rechtsmacht van een verdragsluitende Staat, ongeacht zijn nationaliteit, verblijfsstatus of staatloosheid.<sup>1052</sup> Het Verdrag steunt op vier basisprincipes: non-discriminatie; het belang van het kind; het recht op leven, overleven en ontwikkeling; en het recht op participatie.

---

<sup>1051</sup> Het VN-Kinderrechtencomité spreekt over "*the particularly vulnerable situation of unaccompanied and separated children*". Zie UN Committee on the rights of the child, General Comment no. 6 (2005), Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, 1 september 2005, nr. CRC/GC/2005/6, par. 1.

<sup>1052</sup> Zie UN Committee on the rights of the child, General Comment no. 6 (2005), Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, 1 september 2005, nr. CRC/GC/2005/6, par. 12.

430. Van groot belang is artikel 3 VN-Kinderrechtenverdrag, dat stelt: “Bij alle maatregelen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden genomen door openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn of door rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten of wetgevende lichamen, vormen de belangen van het kind een eerste overweging.” Dat houdt in dat Staten niet alleen akte nemen van het belang van het kind, maar de belangen en alle daaraan verbonden aspecten ook daadwerkelijk in de praktijk in overweging nemen.<sup>1053</sup>

Het beginsel houdt voorts in dat aan de belangen van het kind een zeker gewicht wordt verleend bij het nemen van alle handelingen of beslissingen die kinderen specifiek betreffen of rechtstreekse gevolgen hebben voor kinderen. Staten zijn dus steeds gehouden om de belangen van het kind als een eerste overweging in rekenschap te brengen.

Het VN-Kinderrechtencomité onderstreept in General Comment no. 14 m.b.t. artikel 3 van het VN-Kinderrechtenverdrag, dat het belang van het kind een drievoudig concept is, met name:

*“(a) A substantive right: The right of the child to have his or her best interests assessed and taken as a primary consideration when different interests are being considered in order to reach a decision on the issue at stake, and the guarantee that this right will be implemented whenever a decision is to be made concerning a child, a group of identified or unidentified children or children in general. Article 3, paragraph 1, creates an intrinsic obligation for States, is directly applicable (self-executing) and can be invoked before a court.*

*(b) A fundamental, interpretative legal principle: If a legal provision is open to more than one interpretation, the interpretation which most effectively serves the child’s best interests should be chosen. The rights enshrined in the Convention and its Optional Protocols provide the framework for interpretation.*

*(c) A rule of procedure: Whenever a decision is to be made that will affect a specific child, an identified group of children or children in general, the decision-making process must include an evaluation of the possible impact (positive or negative) of the decision on the child or children concerned. Assessing and determining the best interests of the child require procedural guarantees. Furthermore, the justification of a decision must show that the right has been explicitly taken into account. In this regard, States parties shall explain how the right has been respected in the decision, that is, what has been considered to be in the child’s best interests; what criteria it is based on; and how the child’s interests have been weighed against other considerations, be they broad issues of policy or individual cases.”*

Het ‘belang van het kind’-beginsel houdt dus niet enkel een materieel recht in, het is ook een interpretatief rechtsbeginsel en het is een procedureregulering.

Concreet kan het beginsel als een onderzoeksplicht en procedurele verplichting worden opgevat<sup>1054</sup>: telkens wanneer een maatregel (d.i. een beslissing, handeling, gedrag, voorstel, dienst, procedure, een nalatigheid of andere maatregel) wordt genomen die gevolgen heeft voor een kind, moet tijdens het besluitvormingsproces nauwgezet de mogelijke negatieve en

---

<sup>1053</sup> P. ALSTON, “The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights”, in P. ALSTON, *The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1994, 13.

<sup>1054</sup> J. McADAM, *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 183.

positieve effecten van een eventuele beslissing op het kind worden onderzocht, zodat kan worden uitgemaakt wat de belangen van het kind in een specifiek geval vereisen.

Vervolgens moeten deze belangen primair in overweging worden genomen wanneer de verschillende relevante belangen worden afgewogen. Volgens het VN-Kinderrechtencomité: “(...) *The words “shall be” place a strong legal obligation on States and mean that States may not exercise discretion as to whether children’s best interests are to be assessed and ascribed the proper weight as a primary consideration in any action undertaken.* (...) *The expression “primary consideration” means that the child’s best interests may not be considered on the same level as all other considerations.*”<sup>1055</sup>

Men dient na te gaan of andere overwegingen van die aard zijn dat ze toch primeren op de belangen van het kind als een eerste overweging.<sup>1056</sup> In tegenstelling tot het EVRM, stipuleert het VN-Kinderrechtenverdrag niet welke andere belangen kunnen primeren op de belangen van het kind. Er wordt in de rechtsleer en rechtspraak aangenomen dat Staten binnen hun beleidsrange rekening kunnen houden met belangen zoals migratiecontrole, openbare orde en nationale veiligheid. Op basis van proportionaliteit en redelijkheid moeten Staten oordelen of deze belangen toch primeren op de belangen van het kind als eerste overweging.<sup>1057</sup>

431. Deze procedurele verplichting heeft voorts tot gevolg dat Staten alle nodige wetgevende en bestuurlijke maatregelen dienen te nemen die de nodige bewustheid en gevoeligheid bij overheden, zowel bestuurlijke als rechterlijke, creëert voor de belangen van het kind, alsook de toepassing van dit beginsel door overheden faciliteert en verzekert.<sup>1058</sup> In General Comment nr. 5 formuleert het VN-Kinderrechtencomité het zo: “*The principle requires active measures throughout Government, parliament and the judiciary. Every legislative, administrative and judicial body or institution is required to apply the best interests principle by systematically considering how children’s rights and interests are or will be affected by their decisions and action – by, for example, a proposed or existing law or policy or administrative action or court decision, including those which are not directly concerned with children, but indirectly affect children.*”<sup>1059</sup> Dit beginsel mag niet los worden gezien van artikel 12 dat het recht op participatie van het kind garandeert, in het bijzonder het recht om zijn mening vrijelijk te uiten in alle aangelegenheden die het kind betreffen (het zgn. ‘hoorrecht’), waarbij aan de mening van het kind passend belang wordt gehecht.

432. Dit wil niet zeggen dat de belangen van het kind zo moet worden geïnterpreteerd dat handelingen of beslissingen steeds moet worden genomen in het belang van het kind. De tekst stelt dat het gaat om een ‘overweging’, weliswaar een ‘eerste’ overweging, maar daarom niet

---

<sup>1055</sup> UN Committee on the rights of the child, General Comment no. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 29 mei 2013, CRC/C/GC/14, par. 36 en 37.

<sup>1056</sup> Zie de verwijzing van McADAM naar een relevante uitspraak van het Australische Federal Court, *Wan v. Minister for Immigration en Multicultural Affairs* [2001] FCA 568 [32] in J. McADAM, *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 181. Voor rechtspraak en wetgeving uit Zweden, Denemarken, Finland, Canada, zie J. McADAM, “Seeking Asylum under the Convention on the Rights of the Child: a Case for Complementary Protection”, *The International Journal of Children’s Rights* 2006, 251-274.

<sup>1057</sup> J. McADAM, *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 182.

Zie in het bijzonder de toepassing van de ‘belangen van het kind’-beginsel in EHRM 29 januari 1997, nr. 23078/93, *Bouchelkia v. Frankrijk*; EHRM 22 april 2004, nr. 42703/98, *Radovanovic v. Oostenrijk*; EHRM 6 februari 2003, nr. 36757/97, *Jakupovic v. Oostenrijk*; EHRM 22 januari 2007, nr. 20730, *Kilic v. Denemarken* (onontvankelijkheidsbeslissing); EHRM 23 juni 2008, nr. 1638/03, *Maslov v. Oostenrijk*, par. 75 en de *concurring opinion* van rechter Jebens in EHRM 28 juni 2011, nr. 55597/09, *Nuñez v. Noorwegen* en EHRM 30 juli 2013, nr. 33169/10, *Polidario v. Zwitserland*.

<sup>1058</sup> Zie de verplichting onder artikel 4 VN-Kinderrechtenverdrag voor staten om alle passende wettelijke, bestuurlijke en andere maatregelen te nemen om de in dit Verdrag erkende rechten te verwezenlijken.

<sup>1059</sup> UN Committee on the rights of the child, General Comment no. 5 (2003), General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child, 27 november 2003, CRC/GC/2003/5, par. 12.

noodzakelijk een ‘overheersende’ of ‘doorwegende’ overweging. Deze stelling wordt ondersteund door de originele Engelse tekstversie van het Verdrag, waarin wordt gesproken over “*the best interests of the child shall be a primary consideration*”. Het gebruik van het onbepaald lidwoord ‘a’, alsook de voorbereidende werken, wijzen er volgens ALSTON duidelijk op dat het ‘een’ eerste overweging betreft die de Staten voldoende flexibiliteit moet geven, tenminste in bepaalde extreme gevallen, om tegenstrijdige belangen tegen elkaar af te wegen.<sup>1060</sup> In die zin kan worden gesproken van een ‘*mediating principle*’, dat kan worden aangewend om belangenconflicten op te lossen.<sup>1061</sup> Zo stelt het VN Kinderrechtencomité: “(...) *since article 3, paragraph 1, covers a wide range of situations, the Committee recognizes the need for a degree of flexibility in its application. The best interests of the child – once assessed and determined – might conflict with other interests or rights (e.g. of other children, the public, parents, etc.). Potential conflicts between the best interests of a child, considered individually, and those of a group of children or children in general have to be resolved on a case-by-case basis, carefully balancing the interests of all parties and finding a suitable compromise. The same must be done if the rights of other persons are in conflict with the child’s best interests. If harmonization is not possible, authorities and decision-makers will have to analyse and weigh the rights of all those concerned, bearing in mind that the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration means that the child’s interests have high priority and not just one of several considerations. Therefore, a larger weight must be attached to what serves the child best.*”<sup>1062</sup>

Het VN-Kinderrechtenverdrag bepaalt niet wat die belangen van het kind concreet zijn. In elk geval slaat het gebruik van het woord ‘belangen’ op een ruim en flexibel concept dat zich niet beperkt tot de ‘rechten’ van het kind.<sup>1063</sup> Het uiteindelijke doel van de verplichting om de belangen van het kind primair in overweging te nemen is om het welzijn van het kind te verzekeren.

433. Volgens het Kinderrechtencomité impliceert het Kinderrechtenverdrag verschillende en concrete verplichtingen voor Staten m.b.t. de behandeling van NBM’s. Deze verplichtingen kunnen zowel negatief als positief zijn: Staten moeten zich niet alleen onthouden van handelingen die de kinderrechten schenden, ze moeten ook maatregelen nemen om bescherming en bijstand te verlenen aan NBM’s. Zo stipuleert artikel 20 VN-Kinderrechtenverdrag dat “*Een kind dat tijdelijk of blijvend het verblijf in het gezin waartoe het behoort, moet missen, of dat men in zijn of haar belang niet kan toestaan in het gezin te blijven, heeft het recht op bijzondere bescherming en bijstand van staatswege.*” Het belang van het kind is bijgevolg ook hier een eerste overweging die mee moet worden genomen in alle handelingen of beslissingen die betrekking hebben op NBM’s. Het Kinderrechtencomité verduidelijkt dat in het specifiek geval van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen: “*A determination of what is in the best interests of the child requires a clear and comprehensive assessment of the child’s identity, including his or her nationality, upbringing, ethnic, cultural and linguistic background, particular vulnerabilities and protection needs.*”<sup>1064</sup> De

<sup>1060</sup> P. ALSTON, “The Legal Framework of the Convention on the Rights of the Child”, *Bulletin of Human Rights* 1992, 9.

<sup>1061</sup> J. McADAM, *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 177.

<sup>1062</sup> UN Committee on the rights of the child, General Comment no. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 29 mei 2013, CRC/C/GC/14, par. 39.

<sup>1063</sup> G. VAN BUEREN, *The International Law on the Rights of the Child*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, 47.

<sup>1064</sup> UN Committee on the rights of the child, General Comment no. 6 (2005), Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, 1 september 2005, nr. CRC/GC/2005/6, par. 20.



ultieme doelstelling m.b.t. niet-begeleide minderjarigen is het vinden van een duurzame oplossing die een antwoord biedt op alle beschermingsnoden van het kind.<sup>1065</sup>

**B. Gevolgen verbonden aan de gemengde bescherming onder het VN-Kinderrechtenverdrag: de inhoud van de verleende bescherming en de toegang tot bescherming**

**a.) Het verbod op verwijdering**

434. De bijzondere bescherming die voortvloeit uit artikel 3 VN-Kinderrechtenverdrag en de zoektocht naar een duurzame oplossing voor het kind, hebben gevolgen voor het verwijderingsbeleid van Staten t.a.v. NBM's. Vaststaat dat het beginsel van de belangen van het kind *"must be respected during all stages of the displacement cycle."*<sup>1066</sup> Het VN-Kinderrechtencomité geeft in General Comment nr. 6 (2005) inzake "Treatment of unaccompanied and separated children outside their country origin" aan welke stappen Staten dienen te ondernemen om een duurzame oplossing te vinden.

435. Van Staten wordt verwacht dat ze in de eerste plaats nagaan of gezinshereniging in het land van herkomst mogelijk is.<sup>1067</sup> Staten dienen zich alle moeite te getroosten om een kind te laten terugkeren naar zijn gezin in het land van herkomst, tenzij dit niet in het belang van het kind zou zijn. Het is niet in het belang van het kind wanneer er een 'redelijk risico' bestaat dat de terugkeer van het kind zal leiden tot een schending van de fundamentele rechten van het kind.<sup>1068</sup> De NBM wordt in het bijzonder niet verwijderd wanneer dit gelijkstaat met een schending van het refoulementverbod zoals vervat in het VN-Vluchtelingenverdrag, het EVRM of in de instrumenten van de VN en de Raad van Europa inzake mensenhandel. Daarnaast gelden artikel 6 VN-Kinderrechtenverdrag (het recht op leven, overleven en ontwikkeling) en artikel 37 VN-Kinderrechtenverdrag (het verbod op foltering, onmenselijke en vernederende behandeling, op de doodstraf en levenslange gevangenisstraf, op willekeurige vrijheidsberoving) ook als een bescherming tegen refoulement. De beoordeling van het risico op refoulement dient te gebeuren op een leeftijd- en gendergevoelige wijze. Volgens het Kinderrechtencomité moet daarbij ook rekening worden gehouden met situaties van onvoldoende gezondheids- en/of voedselvoorzieningen en de bijzonder ernstige gevolgen daarvan voor kinderen, alsook met situaties van rekrutering van kindsoldaten.<sup>1069</sup> Voorts kan een terugkeer niet in het belang van het kind zijn wanneer er een risico bestaat op misbruik of verwaarlozing door de ouders.

436. Indien er geen 'redelijk risico' bestaat dat de terugkeer van het kind naar het land van herkomst zou leiden tot een schending van zijn fundamentele rechten, dan benadrukt het VN-Kinderrechtencomité dat een verwijdering naar het land van herkomst enkel georganiseerd kan worden wanneer deze terugkeer in het belang van het kind is.<sup>1070</sup> Om deze inschatting te kunnen maken, moeten verschillende aspecten in rekening worden gebracht, waaronder de veiligheidssituatie in het land inclusief de socio-economische omstandigheden; de mogelijkheden van re-integratie (de duur van de afwezigheid in het land van herkomst); de

---

<sup>1065</sup> UN Committee on the rights of the child, General Comment no. 6 (2005), Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, 1 september 2005, nr. CRC/GC/2005/6, par. 79.

<sup>1066</sup> UN Committee on the rights of the child, General Comment no. 6 (2005), Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, 1 september 2005, nr. CRC/GC/2005/6, par. 19.

<sup>1067</sup> UN Committee on the rights of the child, General Comment no. 6 (2005), Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, 1 september 2005, nr. CRC/GC/2005/6, par. 79.

<sup>1068</sup> UN Committee on the rights of the child, General Comment no. 6 (2005), Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, 1 september 2005, nr. CRC/GC/2005/6, par. 81-83.

<sup>1069</sup> UN Committee on the rights of the child, General Comment no. 6 (2005), Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, 1 september 2005, nr. CRC/GC/2005/6, par. 27.

<sup>1070</sup> UN Committee on the rights of the child, General Comment no. 6 (2005), Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, 1 september 2005, nr. CRC/GC/2005/6, par. 84-86.

mening van het kind; het behoud van zijn identiteit, nationaliteit en gezinsrelaties; de wenselijkheid van de continuïteit in de opvoeding van het kind en met de etnische, godsdienstige, culturele en linguïstische achtergrond van het kind; en uiteraard de beschikbaarheid van een kwaliteitsvolle opvang. Wanneer er geen ouders of familieleden meer in het land van herkomst aangetroffen worden, dan kan de terugkeer enkel plaatsvinden indien vooraf concrete maatregelen genomen zijn die aan de NBM een veilige en effectieve opvang garanderen.

437. In het kader van de verwijdering argumenteert de rechtsleer dat het beginsel van de belangen van het kind niet alleen als een aanvullende grond van bescherming moet worden beschouwd maar ook als een op zichzelf staande grond van bescherming.<sup>1071</sup> Zo meent HATHAWAY dat in artikel 3 VN-Kinderrechtenverdrag een ‘embryonale’ steun kan worden gevonden voor de plicht om te beschermen tegen refoulement.<sup>1072</sup> Dit is in het bijzonder het geval wanneer er geen opvang (noch door zijn gezin of familie, noch door de overheden) zou zijn voor de minderjarige vreemdeling in zijn land van herkomst.

De belangen van het kind kunnen echter, na zorgvuldige afweging, opzij worden geschoven voor andere overwegingen die primeren, met name wanneer de NBM een ernstige bedreiging vormt voor de nationale veiligheid of openbare orde. Volgens het VN-Kinderrechtencomité kunnen overwegingen inzake algemene migratiecontrole evenwel niet opwegen tegen de belangen van het kind.<sup>1073</sup> In dezelfde zin werd binnen het kader van de Raad van Europa, door het Comité van Ministers twintig richtlijnen inzake gedwongen terugkeer aangenomen waarbij wordt bepaald dat de overheden van de ontvangende Staat zich voor de verwijdering van de minderjarige vreemdeling ervan moeten vergewissen dat deze bij zijn terugkeer ofwel door een familielid, ofwel door een aangestelde voogd, ofwel in een adequaat centrum zal worden opgevangen.<sup>1074</sup>

438. Tenslotte wordt beklemtoond dat de verwijdering op een veilige manier moet worden uitgevoerd, met name op een wijze die aangepast is aan de noden van het kind.<sup>1075</sup> Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft zich al een aantal keer gebogen over zaken waarin het gebrek aan begeleidings- en omkaderingsmaatregelen tijdens de verwijdering van NBM's werd aangeklaagd.

Zo onderzocht het Hof in de zaak *Nsona* de wijze waarop de verwijdering van een niet-begeleid minderjarig Congolees meisje uit Nederland was uitgevoerd. Het meisje was door de Nederlandse overheden toevertrouwd aan een Congolese vrouw, een ver familielid van dit meisje. Bij een tussenlanding in Zürich verdween deze vrouw echter en bleef het meisje alleen achter op de luchthaven. Het meisje werd door Swissair onder de hoede genomen en op vraag van de advocaat van het meisje werd de doorreis naar Congo uitgesteld. Na een zesdaags verblijf in de crèche van Swissair op de luchthaven, reisde het meisje alleen en onbegeleid door naar Congo. Het Hof aanvaardde dat dit een beangstigende ervaring geweest was voor het meisje en dat dit deels de schuld was van de advocaat van het meisje. Het Hof vond echter niet dat de verwijdering op zo'n manier was uitgevoerd dat het gelijkstond met een onmenselijke of vernederende behandeling. Hoewel de Nederlandse overheden onsuccesvolle

---

<sup>1071</sup> J. McADAM, *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 173-174.

<sup>1072</sup> J.C. HATHAWAY, "Leveraging asylum", *Tex.Int'l.L.J.* 2009, 504.

<sup>1073</sup> UN Committee on the rights of the child, General Comment no. 6 (2005), Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, 1 september 2005, nr. CRC/GC/2005/6, par. 86.

<sup>1074</sup> Raad van Europa, Comité van Ministers van de Raad van Europa, *Twenty Guidelines on Forced Returns*, CM Documents, CM(2005) 40 final, 4 mei 2005 (Guideline 2, par. 5).

<sup>1075</sup> UN Committee on the rights of the child, General Comment no. 6 (2005), Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, 1 september 2005, nr. CRC/GC/2005/6, par. 87.

pogingen hadden ondernomen om ervoor te zorgen dat het meisje bij terugkeer in Kinshasa zou worden ontmoet en opgevangen door het Nederlands ambassadepersoneel of derden, oordeelde het Hof dat aangezien Swissair adequate voorzorgen inzake opvang had genomen, er onvoldoende grond was om de Nederlandse overheid een tekort aan gepaste ijver te verwijten.<sup>1076</sup> Het Hof bekritiseerde de spoed waarmee de Nederlandse overheden de verwijdering hadden georganiseerd en hun “*apparent willingness to hand over all responsibility for her welfare as soon as she had left Netherlands territory to others.*”<sup>1077</sup> Het Hof vond “*in a case involving a 9-year-old girl, such an attitude is certainly open to criticism.*”<sup>1078</sup> Niettemin waren de omstandigheden van deze zaak niet zo dat een schending van artikel 3 EVRM kon worden vastgesteld.

In de zaak *Mubilanzila Mayeka en Kaniki Mitunga v. België*, oordeelde het EHRM dat het gebrek aan voorbereiding en de totale afwezigheid van begeleidings- en omkaderingsmaatregelen bij de terugwijzing van een vijfjarige NBM, gelijkstond met een schending van artikel 3. Het vijfjarig Congolees meisje reisde onbegeleid naar Kinshasa. De Belgische overheden hadden haar oom op de hoogte gebracht van haar komst, maar niet uitdrukkelijk zijn aanwezigheid in de luchthaven vereist noch zich ervan verzekerd dat hij zou opdagen in de luchthaven. De Belgische overheden hadden geen alternatieven overwogen. Volgens het Hof wees dit erop dat “*the Belgian authorities did not seek to ensure that the second applicant would be properly looked after or have regard to the real situation she was likely to encounter on her return to her county of origin.*”<sup>1079</sup> Het Hof besloot dat de verwijdering in zo’n omstandigheden was uitgevoerd die niet anders dan een extreme angst bij het meisje hadden veroorzaakt. Voorts toonde dit “*such a total lack of humanity towards someone of her age and in her situation as an unaccompanied minor as to amount to inhuman treatment.*”<sup>1080</sup> De Belgische overheden hadden gefaald in hun positieve verplichting om, in het belang van het welzijn van het kind, geschikte maatregelen en voorzorgen te nemen m.b.t. de reis en de aankomst van het meisje.

439. Samenvattend kan de verwijdering van een NBM enkel worden uitgevoerd indien dit niet gelijkstaat met een schending van het non-refoulementbeginsel, er een grondige voorbereiding van de verwijdering heeft plaatsgevonden, alsook voorafgaande concrete garanties werden bekomen voor een veilige langetermijnopvang bij aankomst in het land van terugkeer of een derde land en de verwijdering op een veilige wijze wordt uitgevoerd, die aangepast is aan de noden van het kind.

#### b.) Status, verblijf en daarbij horende rechten

440. Indien een NBM niet kan terugkeren naar het land van herkomst wegens een risico op refoulement, omdat het niet in zijn belang is of omwille van feitelijke redenen, dan dient een duurzame oplossing voor zijn situatie ergens anders te worden gezocht. Volgens het VN-Kinderrechtencomité ligt de primaire oplossing dan in lokale integratie in de ontvangende Staat.<sup>1081</sup> Deze lokale integratie moet, aldus het VN-Kinderrechtencomité, worden gebaseerd op een stabiele juridische status, inclusief een verblijfsstatus, en dit met de toepassing van alle kinderrechten in het Verdrag.

---

<sup>1076</sup> EHRM 28 november 1996, nr. 23366/94, *Nsona v. Nederland*, par. 94-102.

<sup>1077</sup> EHRM 28 november 1996, nr. 23366/94, *Nsona v. Nederland*, par. 103.

<sup>1078</sup> EHRM 28 november 1996, nr. 23366/94, *Nsona v. Nederland*, par. 103.

<sup>1079</sup> EHRM 12 oktober 2006, nr. 13718/03, *Mubilanzila Mayeka en Kaniki Mitunga v. België*, par. 68.

<sup>1080</sup> EHRM 12 oktober 2006, nr. 13718/03, *Mubilanzila Mayeka en Kaniki Mitunga v. België*, par. 69.

<sup>1081</sup> UN Committee on the rights of the child, General Comment no. 6 (2005), Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, 1 september 2005, nr. CRC/GC/2005/6, par. 89-90. Indien lokale integratie niet mogelijk is, dan moet een hervestiging van het kind worden overwogen, zie par. 92-94.

441. Naargelang de redenen die de terugkeer van de NBM naar het land van herkomst verhinderen, kan de NBM in aanmerking komen voor bijvoorbeeld de vluchtelingenstatus (artikel 22 VN-Kinderrechtenverdrag) of een verblijfsstatus als slachtoffer van mensenhandel (artikelen 34, 35 en 36 VN-Kinderrechtenverdrag).<sup>1082</sup> Indien de onmogelijkheid tot terugkeer enkel het gevolg is van het gebrek aan een veilige en adequate opvang in het land van herkomst, dan dient ook voor deze beschermingssituatie een stabiele juridische status, inclusief verblijfsstatus, te worden voorzien. De bedoeling van deze lokale integratie is om de verhoogde kwetsbaarheid van NBM's voor uitbuiting en betrokkenheid in strafbare feiten te verminderen alsook te vermijden dat NBM's 'verdwijnen'.

442. Wanneer een NBM tijdelijk of permanent het verblijf in het gezin waartoe het behoort moet missen, dan heeft het recht op bijzondere bescherming en bijstand van staatswege (artikelen 20 en 22 VN-Kinderrechtenverdrag). Eens beslist is dat een niet-begeleide minderjarige vreemdeling permanent op het grondgebied van de ontvangende Staat zal blijven, moet de individuele situatie van het kind worden beoordeeld. In het licht daarvan en met inachtneming van de belangen van het kind, wordt beslist welke langetermijnsmaatregelen worden genomen om de integratie van het kind te vergemakkelijken. Dit houdt in dat aan de NBM een vorm van zorg moet worden gewaarborgd. Deze zorg kan o.a. de plaatsing in een pleeggezin omvatten of, indien nodig, de plaatsing in een geschikte instelling voor kindzorg (artikel 20 VN-Kinderrechtenverdrag).<sup>1083</sup> Het VN-Kinderrechtencomité herinnert eraan dat indien gezinshereniging niet mogelijk is in het land van herkomst, er verplichtingen kunnen voortvloeien uit artikel 9 (de eenheid van het gezin) en 10 VN-Kinderrechtenverdrag (aanvragen tot gezinshereniging worden welwillend, menselijk en met spoed behandeld).

Niet-begeleide minderjarige vreemdelingen dienen op gelijke voet toegang te hebben tot hun rechten als minderjarige onderdanen van de ontvangende Staat. Die gelijke behandeling betekent dat ze ook het recht hebben op onderwijs en gezondheidszorg (artikelen 24, 28), alsook het recht op een adequate levensstandaard. Staten dienen bijgevolg maatregelen te voorzien voor materiële bijstand en ondersteuning, met name wat betreft de voeding, kleding en huisvesting van NBM's (artikel 27 VN-Kinderrechtenverdrag).

### c.) De toegang tot bescherming

443. Volgens het VN-Kinderrechtencomité dienen de belangen van het kind ook te worden benaderd als "*a guiding principle for determining the priority of protection needs and the chronology of measures to be applied in respect of unaccompanied and separated children.*"<sup>1084</sup> Dit impliceert een positieve procedurele verplichting, in het bijzonder een identificatie van de NBM en een onderzoek naar de nood aan bescherming.<sup>1085</sup> In General Comment no. 6 gaat het VN-Kinderrechtencomité na welke stappen er moeten worden ondernomen om de toegang tot bescherming te verzekeren.<sup>1086</sup>

---

<sup>1082</sup> UN Committee on the rights of the child, General Comment no. 6 (2005), Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, 1 september 2005, nr. CRC/GC/2005/6, par. 50-53.

<sup>1083</sup> Zie UN Committee on the rights of the child, General Comment no. 6 (2005), Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, 1 september 2005, nr. CRC/GC/2005/6, par. 40: Bij het overwegen van oplossingen wordt op passende wijze rekening gehouden met de wenselijkheid van de continuïteit in de opvoeding van het kind en met de etnische, godsdienstige, culturele en linguïstische achtergrond van het kind.

<sup>1084</sup> UN Committee on the rights of the child, General Comment no. 6 (2005), Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, 1 september 2005, nr. CRC/GC/2005/6, par. 31.

<sup>1085</sup> UN Committee on the rights of the child, General Comment no. 6 (2005), Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, 1 september 2005, nr. CRC/GC/2005/6, par. 13.

<sup>1086</sup> UN Committee on the rights of the child, General Comment no. 6 (2005), Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, 1 september 2005, nr. CRC/GC/2005/6, par. 31.

Allereerst dient een minderjarige vreemdeling zo snel mogelijk te worden geïdentificeerd als een NBM. De leeftijdsbepaling dient op een menswaardige wijze plaats te vinden zonder dat de fysieke integriteit van het kind wordt geschonden. Tijdens een initieel interview dienen zo veel mogelijk basisgegevens m.b.t. de identiteit, nationaliteit en gezinsachtergrond van het kind te worden verzameld. Er wordt nagegaan waarom het kind onbegeleid is, of het kind bijzondere kwetsbaarheden vertoont, zoals fysieke of mentale gezondheidsnoden of beschermingsnoden als gevolg van mensenhandel of gezinsgeweld. Er moet tenslotte worden onderzocht of er beschermingsnoden zijn die verband houden met vervolging, foltering of een onmenselijke behandeling in het land van herkomst. Er moet zo snel mogelijk worden gestart met het traceren van gezinsleden in het land van herkomst. Het VN-Kinderrechtencomité meent dat het zo snel mogelijk aanstellen van een voogd een belangrijke procedurele waarborg vormt om eerbiediging voor de belangen van het kind te verzekeren. Deze voogd moet aangesteld blijven tot de NBM meerderjarig is geworden of het grondgebied van de ontvangende Staat heeft verlaten.<sup>1087</sup> Het is van belang dat de voogd wordt geïnformeerd, alsook wordt gehoord over alle handelingen die betrekking hebben op de NBM. Voorts stelt het VN-Kinderrechtencomité dat indien de NBM wordt verwezen naar administratieve of rechterlijke procedures (bijvoorbeeld een asielprocedure), er, naast een voogd, ook nog een wettelijke vertegenwoordiger moet worden toegewezen aan de NBM.<sup>1088</sup>

444. Wanneer al deze voorafgaande stappen zijn ondernomen, dan moet de Staat met spoed inspanningen leveren om een duurzame oplossing voor de NBM te vinden. Zoals hierboven beschreven blijft het beginsel van de belangen van het kind daarbij functioneren als leidend beginsel voor alle handelingen die de Staat onderneemt. Het beginsel legt een verplichting neer op Staten om van de belangen van het kind een onmiddellijke overweging te maken tijdens de besluitvorming. Het beginsel kan aldus de Staten helpen bij het maken van de meest geschikte beslissing door op systematische wijze te zoeken naar de oplossing die de meest positieve of minst negatieve impact zal hebben op de NBM in kwestie. Tussen de verschillende mogelijkheden zal op basis van een individuele beoordeling van de situatie van de NBM, die oplossing worden gekozen die in het belang van het kind is.

445. Tenslotte is het nog belangrijk om aan te geven dat daadwerkelijke rechtsmiddelen beschikbaar moeten zijn om schendingen van het VN-Kinderrechtenverdrag te herstellen. Volgens het VN-Kinderrechtencomité is deze vereiste impliciet in het Verdrag. Staten moet bijzondere aandacht besteden aan het verzekeren van daadwerkelijke, kind-gevoelige procedures die ter beschikking staan van het kind en zijn vertegenwoordigers.<sup>1089</sup> Juridische bijstand dient daarbij te worden toegewezen.<sup>1090</sup>

---

<sup>1087</sup> UN Committee on the rights of the child, General Comment no. 6 (2005), Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, 1 september 2005, nr. CRC/GC/2005/6, par. 21 en 33.

<sup>1088</sup> UN Committee on the rights of the child, General Comment no. 6 (2005), Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, 1 september 2005, nr. CRC/GC/2005/6, par. 21 en 36.

<sup>1089</sup> UN Committee on the rights of the child, General Comment no. 5 (2003), General Measures of Implementation of the Convention on the Rights of the Child, 27 november 2003, CRC/GC/2003/5, par. 24.

<sup>1090</sup> Raad van Europa, Comité van Ministers van de Raad van Europa, *Twenty Guidelines on Forced Returns*, CM Documents, CM(2005) 40 final, 4 mei 2005 (Guideline 2 – par. 5).



## Afdeling 4. Tussenbesluit

### **§ 1. De toenemende beschermingsreflex in het internationaal recht**

446. De humanitaire, pragmatische en vrijblijvende benadering die Staten vroeger hanteerden t.a.v. vreemdelingen met een nood aan bescherming (zie bijvoorbeeld het oorspronkelijk gebruik van de asielbescherming) is geëvolueerd naar een mensenrechtelijke en meer bindende benadering waarbij de nadruk wordt gelegd op het individu en het voorkomen van de schade waaraan het individu zal worden blootgesteld indien hij niet wordt beschermd.

447. Dit is niet altijd een eigen keuze geweest van Staten. Hoewel ze vrijwillig mensenrechtenverdragen hebben onderschreven, hebben deze verdragen onverwachte gevolgen gehad op het prerogatief van Staten inzake migratiecontrole. Moderne mensenrechtenverdragen stapten immers af van het klassiek onderscheid tussen nationale onderdanen en vreemdelingen; ze zijn op ‘eenieder’ van toepassing en gaan uit van de idee dat de mensenrechten algemeen en universeel zijn.

448. Zoals LAMBERT reeds opmerkte: *“Several provisions of the ECHR have been interpreted succesfully by the Strasbourg organs so as to offer special protection for aliens in a way which had not been foreseen by the drafters of the ECHR or its organs of interpretation.”*<sup>1091</sup> De voormalige Europese Commissie Mensenrechten merkte vroeger reeds op dat *“si la matière de l’extradition, de l’expulsion et du droit d’asile ne compte point, par elle-même, au nombre de celles que régit la Convention, les Etats contractants, n’en ont pas moins accepté de restreindre le libre exercice des pouvoirs que leur confère le droit international général, y compris celui de contrôler l’entrée et la sortie des étrangers, dans la mesure et les limites des obligations qu’ils ont assumées en vertu de la Convention.”*<sup>1092</sup>

Het is niet de functie van het Hof om *in abstracto* de verenigbaarheid van de nationale wetgeving inzake verblijf, verwijdering, asiel e.d.m. met het EVRM te beoordelen.<sup>1093</sup> Het Hof bekijkt enkel of in een individueel geval een schending van het EVRM heeft plaatsgevonden. Hij houdt daarbij rekening met de hedendaagse omstandigheden en bijkomende beschermingsnaden en streeft ernaar om de bescherming geboden onder het EVRM niet louter theoretisch te houden maar ook reëel, daadwerkelijk en praktisch te maken, zowel wat betreft de reikwijdte van de bescherming, als inhoudelijk en procedureel.

Hoewel de uitspraken van het EHRM *“essentially declaratory in nature”*<sup>1094</sup> zijn en dus in beginsel geen rechtstreekse gevolgen hebben voor de nationale wetgeving of het beleid van de verdragsluitende Staten,<sup>1095</sup> worden deze uitspraken beschouwd als gezaghebbende interpretaties van de mensenrechtenverplichtingen in hoofde van de Europese Staten. Men kan immers niet negeren dat de impact van de rechtspraak van het Hof veel verder reikt dan de individuele gevallen waarover het zich uitsprak. Uit het geheel van de rechtspraak leidt het

---

<sup>1091</sup> H. LAMBERT, *The Position of Aliens in Relation to the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2007, 41. Zie in die zin ook K. BUCHINGER en A. STEINKELLNER, “Litigation Before the European Court of Human Rights and Domestic Implementation: Does the European Convention Promote the Rights of Immigrants and Asylum Seekers?”, *European Public Law* 2010, 434.

<sup>1092</sup> Europese Commissie Mensenrechten, nr. 6315/75, *X v. Federale Republiek Duitsland*, D&R, 1, 73; EHMR 12 maart 1984, nr. 10479/83, *E.M. Kirkwood v. Verenigd Koninkrijk*.

<sup>1093</sup> EHRM 11 juli 2000, nr. 4325/98, *G.H.H. e.a. v. Turkije*, par. 34.

<sup>1094</sup> EHRM 13 juni 1979, nr. 6833/74, *Marckx v. België*, par. 58.

<sup>1095</sup> Venice Commission, Opinion no. 209/2002 on the implementation of the judgments of the European Court of Human Rights, 18 december 2002, CDL-AD (2002) 34, par. 34.

Hof immers algemene beginselen af die als vaststaande rechtspraak worden beschouwd. Deze algemene beginselen worden beschouwd als gezaghebbende op zichzelf staande normen of standaarden. In die zin wordt aan de rechtspraak van het Hof dan ook soms een “*norm creating character*” toegedicht.<sup>1096</sup> Of enkel het Hof inderdaad bindende normen oplegt dan wel geheel verantwoordelijk moet worden gehouden voor het bestaan van bijkomende beschermingsstatuten (al dan niet EU-geharmoniseerd of nationaal), verdient een genuanceerde discussie, zoals verder uit het proefschrift zal blijken. Wel kan minstens worden besloten dat de nationale overheden en rechters nu binnen de lijnen uitgezet door het Hof nauwgezet en zorgvuldig alle omstandigheden van een individuele zaak dienen te onderzoeken. Rekening houdend met de algemene situatie en de persoonlijke omstandigheden van het individu in het land van herkomst of terugkeer zal men heden geval per geval moeten beoordelen en motiveren of er al dan niet sprake is van een welbepaalde situatie die aanleiding geeft tot bescherming onder de rechten en vrijheden van het EVRM.

449. Deze bemerkingen gelden ook voor het VN-Kinderrechtenverdrag. Er kan worden aangenomen dat Staten ook daar de impact van het beginsel van de belangen van het kind op de migratiecontrole en het verwijderingsbeleid hebben onderschat. De interpretatie die het VN-Kinderrechtencomité geeft aan dit beginsel m.b.t. NBM's in General Comment no. 6, is daarvan een voorbeeld. Hoewel ‘*general comments*’ op zich niet juridisch bindend zijn, gaat daar toch een belangrijk juridisch en moreel gezag van uit dat onrechtstreeks invloed heeft. Staten hebben voorts waarschijnlijk ook niet voorzien dat het VN-Kinderrechtenverdrag en met name het beginsel van de belangen van het kind, in de rechtspraak van het EHRM een steeds meer belangrijke rol zou spelen. De instrumenten van de VN en de Raad van Europa m.b.t. mensenhandel illustreren op hun beurt hoe hier een mensenrechtelijke en beschermende benadering meer en meer doorweegt op een zuivere veiligheidsbenadering van dit thema.

450. Deze internationale instrumenten en de internationale rechtspraak m.b.t. de bijkomende bescherming van vreemdelingen hebben de autonomie van Staten inzake de migratiecontrole deels aan banden gelegd. Omwille van deze toenemende beschermingsreflex in het internationaal recht, dienen Staten, naast de geijkte migratiekanalen die ze hanteren inzake economische migratie en volgmigratie, waarbij ze de voorwaarden zelf bepalen, ook oog te hebben voor de individuele bijkomende beschermingsnoden van vreemdelingen. De evenwichtsoefening tussen het eerbiedigen van de mensenrechten, enerzijds, en de soevereiniteit om de migratiecontrole uit te oefenen, anderzijds, leidt ertoe dat Staten, tot op zekere hoogte en in sommige gevallen, de ongewenste of ongevraagde aanwezigheid van vreemdelingen op hun grondgebied moeten aanvaarden.

---

<sup>1096</sup> Het zgn. ‘normatief’ karakter van de rechtspraak van het Hof wordt niet door iedereen gesmaakt en goedgekeurd. Het Hof wordt soms beschuldigd van rechterlijk activisme en dat het zich onvoldoende bewust is van de maatschappelijke context van zijn oordelen. Vooral het feit dat het Hof in het “*uitdijende Verdrag steeds meer en verrijdende rechten leest*,” stoort. Zie opinie T. ZWART, “Bied dat mensenrechtenhof weerwerk”, *NRC* 17 januari 2011, 9. Zie ook M. BOSSUYT, “Rechterlijk activisme in Straatsburg”, *RW* 2013, 723-733. De discussie omtrent de subsidiaire bevoegdheid van het Hof en de eventuele overschrijding daarvan is interessant, maar valt buiten het bestek van dit proefschrift.



## **§ 2. Gevolgen van de toenemende beschermingsreflex: de internationale minimumstandaarden voor bijkomende bescherming**

451. Het VN-Kinderrechtenverdrag, het EVRM en de instrumenten van de VN en de Raad van Europa inzake mensenhandel hebben bijgevolg internationale minimumstandaarden en normen inzake bijkomende bescherming uitgezet waar Staten rekening met dienen te houden.

452. Het geheel van deze internationale minimumstandaarden inzake de bijkomende bescherming van vreemdelingen heeft de reikwijdte van de statelijke verantwoordelijkheid tot bescherming op meerdere niveaus ontwikkeld en uitgebreid. Er wordt nu erkend dat, naast vluchtelingen, ook andere categorieën van vreemdelingen nood kunnen hebben aan bescherming. Eerder in dit hoofdstuk 1 van Deel 1 werd aangetoond dat in het internationaal recht verschillende situaties werden geïdentificeerd waarin een nood aan bijkomende bescherming geldt.

453. Zo kan een nood aan bescherming in de eerste plaats voortvloeien uit omstandigheden in het land van herkomst (externe bescherming). De definitie in het VN-Vluchtelingenverdrag omschrijft wie als vluchteling moet worden erkend en daardoor tegen refoulement wordt beschermd. Deze erkenning als vluchteling geeft toegang tot een vluchtelingenstatus die gepaard gaat met een waaier van socio-economische rechten waarop vluchtelingen aanspraken kunnen maken op het grondgebied van de ontvangende Staat. Deze verleende bescherming heeft tot doel om de falende bescherming van de eigen Staat te remediëren en door middel van daarbij horende rechten de vluchtelingen geleidelijk aan te integreren en zelfredzaam te maken. Mensenrechtenverdragen zijn instrumenteel geweest in het interpreteren van de verschillende constitutieve elementen (bijvoorbeeld de sociale groep, niet-statelijk actoren) van de vluchtelingendefinitie waardoor de werkingssfeer van het VN-Vluchtelingenverdrag werd uitgebreid. Echter, ondanks een bredere interpretatie van de vluchtelingendefinitie, werden bepaalde beschermingsnoden nog niet beantwoord.

Onder artikel 3 EVRM werd een inherente verplichting tot non-refoulement erkend die functioneert als een uitbreidende/uitdijende minimumstandaard van bijkomende bescherming bij uitstek.<sup>1097</sup> Het verbiedt de gedwongen verwijdering van een vreemdeling naar een land (land van herkomst of een derde land) wanneer er zwaarwegende gronden zijn om aan te nemen dat hij een reëel risico loopt om te worden blootgesteld aan foltering, vernederende of onmenselijke behandeling of bestraffing. De interpretatie die het Hof aan dit non-refoulementbeginsel geeft, leidt ertoe dat Staten een zwaardere en complexere verantwoordelijkheid hebben gekregen in het voorkomen dat een vreemdeling wordt blootgesteld aan een slechte behandeling in het land van herkomst. De omstandigheden waartegen een ontvangende Staat bescherming moet bieden ter vervanging (als substituut) van de bescherming die een land van herkomst niet kan of wil verschaffen, zijn talrijker en meer divers geworden. Dit is het gevolg van het absolute karakter dat aan artikel 3 EVRM wordt toegedicht. Daardoor is er geen nexus met een vervolgingsgrond meer vereist en geldt het verbod op refoulement ongeacht het gedrag van de vreemdeling of het gevaar dat hij kan vormen voor een verdragssluitende Staat. Uitsluiting is dus niet mogelijk.

Het verbod op refoulement geldt ongeacht de bron waaruit het gevaar dreigt. Het risico kan voortvloeien uit handelingen of nalatigheden gesteld door overheidsactoren of door niet-

---

<sup>1097</sup> H. LAMBERT, "Protection Against Refoulement from Europe: Human Rights Law Comes to the Rescue", *ICLQ* 1999, 515-544.

statelijke actoren, op voorwaarde dat de overheid daartegen geen geschikte bescherming biedt of kan bieden. Hierdoor creëerde het Hof de ruimte om ook bescherming te bieden tegen slechte behandelingen die zich meer in de privésfeer bevinden, zoals huiselijk geweld of vrouwelijke genitale mutilatie. Het risico kan voortvloeien uit factoren waarvoor de overheden van het land van herkomst niet rechtstreeks of onrechtstreeks verantwoordelijk zijn, met name wanneer het risico op een slechte behandeling voortvloeit uit de fysieke of mentale gezondheid van een individu of te wijten is aan het individu zelf, bijvoorbeeld in het geval van zelfmoord.

Het verbod op refoulement geldt steeds wanneer er een reëel risico bestaat, ongeacht of het risico voortvloeit uit een persoonlijke karakteristiek of omstandigheid, een situatie van algemeen geweld of een combinatie van de twee. De bereidheid van het Hof om ook de meest extreme situaties van algemeen geweld onder de werkingssfeer van artikel 3 EVRM te brengen, laat toe om de bescherming tegen refoulement uit te breiden naar vreemdelingen die op de vlucht zijn voor interne conflicten. Het geweld dient wel een voldoende niveau van intensiteit te bereiken wat geval per geval wordt beoordeeld. Tenslotte erkent het Hof dat een reëel risico eveneens bestaat wanneer de vreemdeling behoort tot een groep tegen dewelke op systematische wijze mensenrechtenschendingen worden begaan.

Het verbod op refoulement geldt steeds wanneer de betwiste behandeling een minimumniveau van hardheid heeft bereikt. Het Hof heeft in zijn rechtspraak gewezen op situaties, anders dan de klassieke situatie waarbij “lijf, leden en vrijheid” worden bedreigd, die in uitzonderlijke omstandigheden eveneens aanleiding kunnen geven tot een schending van het EVRM. Naast de fysieke integriteit, heeft men ook oog voor de menselijke waardigheid van de betrokken vreemdeling. Zo kunnen humanitaire omstandigheden of andere socio-economische behandelingen en praktijken onmenselijk of vernederend worden geacht. Handelingen of nalatigheden van actoren kunnen hier aan de grondslag liggen en daarbij wordt o.m. een groot belang gehecht aan de leefomstandigheden van de betrokken vreemdeling, m.n. de mogelijkheid om te voorzien in zijn elementaire levensbehoeften, zoals voedsel, hygiëne en huisvesting. Precaire leefomstandigheden vormen op zich niet meteen een voldoende reden om een non-refoulementverplichting vast te stellen, tenzij bepaalde elementen in rekenschap worden gebracht, zoals de eventuele kwetsbaarheid voor een fysieke slechte behandeling, het geringe vooruitzicht op een verbetering van de situatie binnen een redelijke termijn, de status van de betrokkene als lid van een kwetsbare groep, bepaalde positieve verplichtingen die voortvloeien uit de EU- of internationale regelgeving en de eventuele omstandigheid dat de precare leefomstandigheden het cumulatief gevolg zijn van een situatie van algemeen geweld of discriminatie.

Ongeacht of de humanitaire omstandigheden of socio-economische behandelingen te wijten zijn aan actoren of factoren, blijkt uit de rechtspraak van het Hof dat het Hof zich erg bewust is van het feit dat de verdragsluitende Staten niet de bedoeling hebben gehad om in het kader van het EVRM bescherming te verlenen voor alle ongelijkheden in de wereld. In zulke situaties zal slechts een verbod op refoulement worden vastgesteld indien er, in een bepaald individueel geval, zeer uitzonderlijke omstandigheden voorhanden zijn. Ook de bescherming onder andere bepalingen van het EVRM kan aanleiding geven tot een non-refoulementverbod. Dit is zeker het geval wanneer deze bepalingen absolute rechten betreffen, zoals het verbod op slavernij en dwangarbeid of het verbod op de doodstraf. Wanneer relatieve rechten in het gedrang komen bij een terugkeer naar het land van herkomst (bijvoorbeeld het recht op een eerlijk proces), dan aanvaardt het Hof enkel een verbod op refoulement wanneer deze relatieve rechten op een flagrante wijze worden geschonden, in het bijzonder wanneer de fundamentele waarde van een relatief recht wordt geraakt.

454. Daarnaast moet een ontvangende Staat er ook op toezien dat de verwijdering van een vreemdeling niet leidt tot een schending van mensenrechten die de vreemdeling op het grondgebied van die Staat zelf geniet (interne bescherming).

Een verwijdering kan niet worden uitgevoerd wanneer een vreemdeling fysiek of mentaal te ziek is om te reizen.

Vreemdelingen met een onzekere identiteit, buiten hun wil om, moeten worden beschermd tegen onsuccesvolle herhaaldelijke verwijderingen.

Staten dienen voorts rekening te houden met de gezinssituatie en het privéleven van de vreemdeling op het grondgebied van de ontvangende Staat zelf. De bescherming van het gezinsleven en privéleven onder artikel 8 EVRM is een relatief recht en geeft in principe geen aanleiding tot een absoluut verbod op verwijdering of een toelating tot verblijf. Wel wordt aanvaard dat in bepaalde gevallen de bescherming van het gezins- en/of privéleven een uitzondering kan vormen op het prerogatief op de migratiecontrole van Staten. Dit is meer bepaald het geval wanneer Staten, binnen hun beleids marge, geen of geen proportionele afweging hebben gemaakt tussen de belangen van het individu en zijn gezinsleden, enerzijds, en de belangen van de samenleving, anderzijds. De openbare en/of nationale veiligheid en het economisch welzijn van het land zijn valabele belangen die de belemmering van het gezinsleven of privéleven van een vreemdeling kunnen rechtvaardigen. Het beschermen van deze openbare belangen moet echter in verhouding staan met de impact van de belemmering op het gezinsleven en/of privéleven van de vreemdeling. De sterkte en de totaliteit van de banden met de ontvangende Staat (bijvoorbeeld de verblijfsduur, taalkennis, economische, culturele en sociale integratie) wordt onderzocht. Indien dit relevant is, wordt gekeken naar de sterkte van de banden met aanwezige gezinsleden. De belangen van deze gezinsleden en zeker de belangen van de betrokken kinderen, die een primaire overweging vormen, worden in rekening genomen. Er wordt gekeken naar de gevolgen van de verwijdering van de vreemdeling voor de gezinsleden die achterblijven en nagegaan of er onoverkomelijke hinderpalen zijn die de voortzetting van het gezinsleven of privéleven in het land van herkomst verhinderen. Een gezinsleven of een privéleven dat werd uitgebouwd tijdens een illegaal verblijf zal zelden aanleiding geven tot bescherming onder artikel 8 EVRM. Slechts in zeer uitzonderlijke gevallen zal de Staat gehouden zijn om een illegaal verblijvende vreemdeling toe te laten tot verblijf, in het bijzonder wanneer minderjarige kinderen betrokken zijn en hun belangen de balans doen omslaan in het voordeel van de betrokken vreemdeling.

455. Tenslotte zijn er aantal bijzondere situaties waarin de nood aan bijkomende bescherming zich kenmerkt door een mengeling van factoren die verband houden met de omstandigheden in het land van herkomst en die in het land van opvang en die wordt versterkt door het kwetsbaar profiel van bepaalde categorieën van vreemdelingen (gemengde bescherming).

Slachtoffers van mensenhandel hebben niet enkel bescherming nodig tegen slechte behandeling in hun land van herkomst, maar kunnen ook op het grondgebied van de ontvangende Staat nood hebben aan de bescherming van hun fysieke en psychische integriteit en herstel, hetzij omwille van de geleden uitbuiting, hetzij uit vrees voor represailles van mensenhandelaars op het grondgebied van de ontvangende Staat. Staten kunnen ervoor kiezen om bescherming te verlenen wanneer dit wordt gekoppeld aan een samenwerking met de ordehandhavingdiensten.

Niet-begeleide minderjarige vreemdelingen bevinden zich omwille van hun minderjarigheid in een verhoogde kwetsbare positie. Vanuit het beginsel van de belangen van het kind, dient

een duurzame oplossing te worden gezocht voor deze NBM's. De duurzame oplossing ligt prioritair bij een gezinshereniging in het land van herkomst. Indien een terugkeer het kind echter blootstelt aan een slechte behandeling in het land van herkomst, bijvoorbeeld wegens oorlogsgeweld of wegens misbruik of verwaarlozing door de ouders, dan kan de terugkeer niet plaatsvinden. Zijn er geen indicaties op een slechte behandeling, dan kan de terugkeer van het kind enkel plaatsvinden indien dit in het belang van het kind is. Daarbij spelen een aantal factoren, waarvan de belangrijkste de beschikbaarheid van kwaliteitsvolle opvang is. Zijn er geen ouders of familieleden aanwezig in het land van herkomst en kunnen ook de overheden van dit land geen opvang garanderen, dan is een terugkeer niet mogelijk. In dat geval moet de ontvangende Staat een duurzame oplossing aanbieden op het eigen grondgebied. Het doel van deze oplossing is om in alle aspecten het welzijn van het kind te beschermen. Opvang op het grondgebied van de ontvangende Staat moet het kind o.m. beschermen tegen uitbuiting of andere vormen van slechte behandeling op het eigen grondgebied en voorkomen dat het kind in de natuur verdwijnt.

456. Deze verschillende vormen van bijkomende bescherming zijn enkel effectief indien ze ook toegankelijk zijn. In die zin moet er ook sprake zijn van een procedurele bescherming. Wat de nood aan bescherming ook is en met welke omstandigheden ze ook verband houdt, in elk van de hierboven besproken beschermingssituaties geldt een verplichting voor Staten om een vreemdeling met een nood aan bescherming te identificeren en zijn nood aan bescherming, met spoed, nauwgezet en zinvol te onderzoeken zodat een schending van zijn rechten kan worden voorkomen. Dit houdt in dat er een minimum wettelijk en administratief kader bestaat waar adequate waarborgen worden voorzien die bescherming verzekeren. Administratieve en juridische overheden dienen bewust en gevoelig te zijn voor beschermingsnoden. Idealiter bestaat er dus ook een determinatieprocedure volgens dewelke een vreemdeling zijn nood aan bescherming kan laten onderzoeken. Geen van de besproken internationale instrumenten verplicht de instelling van een dergelijke procedure en verduidelijkt ook niet hoe deze procedure er moet uitzien. Staten beschikken over een beleidsmarge waarin ze zelf kunnen bepalen hoe ze hun verplichtingen nakomen.

Van belang is echter dat de bescherming praktisch en daadwerkelijk is. Het EHRM heeft daarom zich al wel uitgesproken over een aantal elementen in de procedures die door Staten worden gehanteerd. In het algemeen kan worden gesteld dat vormvereisten, procedurele voorschriften en termijnen de realistische mogelijkheid van een zinvol onderzoek van de nood aan bescherming niet mogen ontnemen. Voor alle beschermingsnoden geldt dat er wordt beoordeeld op basis van inhoudelijke gronden, met name de individuele en volledige omstandigheden van het geval, in het bijzonder op basis van zo volledig en zo actueel mogelijke feiten m.b.t de situatie in het land van herkomst en/of in de ontvangende Staat. Waar een belangenafweging moet worden gemaakt, moet deze proportioneel zijn. Waar kinderen bij betrokken zijn, moet het beginsel van het belang van het kind een eerste overweging zijn in de besluitvorming. Kortom, er rust een algemene procedurele verplichting op Staten om alles te doen wat redelijkerwijze kan worden verwacht om een vreemdeling te beschermen tegen schade waarvan de Staat op de hoogte was of op de hoogte had moeten zijn.

Tenslotte moet een daadwerkelijk rechtsmiddel worden voorzien tegen verwijderingsmaatregelen of verblijfsbeslissingen, die de nood aan bescherming van een vreemdeling zouden miskennen. Dit rechtsmiddel moet toelaten om de inhoud van een grief te onderzoeken en een passend herstel toe te kennen. Dit kan plaatsvinden in de vorm van een rechterlijk toezicht. Wanneer de grief betrekking heeft op een schending van het non-refoulement beginsel, is, omwille van de onherstelbare schade die een vreemdeling kan oplopen bij terugkeer in het land van herkomst, een zorgvuldig en nauwkeurig rechterlijk onderzoek vereist dat gepaard gaat met een automatisch schorsend effect. Dit onderzoek moet

aan een zekere indringendheid voldoen en omvat in het bijzonder een volledig onderzoek naar alle (actuele) feiten van het individueel geval.

Het onderzoek moet ook toelaten om, indien dit relevant is, een zorgvuldige analyse te maken van de proportionaliteit van een eerder gemaakte belangenafweging of na te gaan of het beginsel van de belangen van het kind op een correcte wijze primair werd overwogen in de besluitvorming.

Om daadwerkelijk te zijn moet de toegankelijkheid van dit rechtsmiddel worden gegarandeerd. Feitelijke omstandigheden, zoals het gebrek aan rechtshulp of vertolking, en procedurele omstandigheden, zoals een versnelde procedure of het betalen van administratieve kosten, kunnen de toegang tot een grondig onderzoek van de betwiste maatregel verhinderen. Dat het prerogatief van Staten op de migratiecontrole gerelativeerd en gekwalificeerd moet worden, zeker wanneer er beschermingsnoden zijn, staat dus hierbij vast.<sup>1098</sup>

### **§ 3. Beperkingen van deze internationale minimumstandaarden inzake de bijkomende bescherming voor vreemdelingen**

457. In tegenstelling tot het VN-Vluchtelingenverdrag dat voorziet in een status en daaraan verbonden rechten, hebben deze internationale minimumstandaarden voornamelijk de verantwoordelijkheid tot bescherming uitgebreid (door bijkomende beschermingsnoden te bepalen), maar zeggen ze verder weinig tot niets over de status van deze vreemdelingen en de behandeling van deze vreemdelingen (m.a.w. de inhoud van de bescherming).<sup>1099</sup> De internationale minimumstandaarden beperken zich tot de verplichting om een vreemdeling niet van het grondgebied te verwijderen.

458. De rechtsleer spreekt hier over een 'protection gap'; de uitbreiding van de nood aan bescherming in de internationale instrumenten en rechtspraak verloopt niet parallel met de toekenning van een corresponderende status en de daarbij horende verblijfsrechten en/of socio-economische rechten in die internationale instrumenten. Internationale mensenrechteninstrumenten zouden falen in het hanteren van een 'holistische' benadering t.a.v. vreemdelingen met een nood aan bescherming en het zou de vreemdelingen overlaten aan een 'legal limbo'.<sup>1100</sup>

459. Met betrekking tot vreemdelingen die vallen onder bescherming van het non-refoulementbeginsel maar niet onder het VN-Vluchtelingenverdrag, argumenteert McADAM dat het VN-Vluchtelingenverdrag zou moeten opereren als een *lex specialis*. Daardoor zou de status en de daarbij horende socio-economische rechten die het toekent aan vluchtelingen noodzakelijkerwijze ook moet worden toegekend aan vreemdelingen die bescherming tegen refoulement behoeven op basis van andere mensenrechteninstrumenten.<sup>1101</sup> Het VN-

---

<sup>1098</sup> R. PLENDER, *International Migration Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988, 1-4.

<sup>1099</sup> G.S. GOODWIN-GILL en J. McADAM, *The Refugee in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 297; J. McADAM, *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 198-201; J.C. HATHAWAY, "Leveraging Asylum", *Tex.Int'l.L.J.* 2009, 504-505; J. PROBOY, "Treating Alike: The Principle of Non-Discrimination as a Tool to Mandate the Equal Treatment of Refugees and Beneficiaries of Complementary Protection", *Melb.U.L.Rev.* 2010, 181-228; A. BETTS, "Towards a 'Soft Law' Framework for the Protection of Vulnerable Irregular Migration", *IJRL* 2010, 216-218.

<sup>1100</sup> J. McADAM, *Complementary Protection in International Refugee Law*, *supra* noot 19, 204-208. Zie ook Keynote presentation van N. BLAKE, in COUNCIL OF EUROPE, *2<sup>nd</sup> Colloquy on the European Convention on Human Rights and the Protection of Refugees, Asylum-Seekers and Displaced Persons*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2000, 80-83.

<sup>1101</sup> J. McADAM, *Complementary Protection in International Refugee Law*, *supra* noot 19, 33 en 209 e.v.

Vluchtelingenverdrag zou dan als *lex specialis* de *lex generalis* van de meer algemene mensenrechtenverdragen aanvullen.

460. Dit is een lovenswaardige en ambitieuze stelling, maar m.i. niet helemaal correct noch realistisch. HATHAWAY formuleerde reeds een aantal valabele tegenargumenten.<sup>1102</sup> Het VN-Vluchtelingenverdrag beschermt weliswaar tegen refoulement, maar het is geen verdrag dat rechten toekent aan alle personen die bescherming genieten tegen refoulement. De rechten worden enkel toegekend aan hen die kwalificeren als vluchteling. Uit het feit dat de interpretatie en reikwijdte van het non-refoulementbeginsel werden uitgebreid in het internationaal recht, kan niet worden besloten dat daardoor de werkingssfeer van het VN-Vluchtelingenverdrag evenzeer, zij het op indirecte wijze, werd uitgebreid. Dit was immers niet het doel dat Staten voor ogen hadden toen ze de bescherming tegen refoulement en de toekenning van de rechten verbonden aan een concrete definitie van wie vluchteling is.

461. Mijn inziens is niet zozeer het gebrek aan status een probleem, wel het gebrek aan een regelmatig verblijf. Het VN-Vluchtelingenverdrag kent een status toe en de daarbij horende socio-economische rechten, maar geen verblijfsvergunning. De toegang tot socio-economische rechten wordt immers vaak afhankelijk gesteld van het regelmatig verblijf van een vreemdeling in overeenstemming met de nationale wetgeving, wat in wezen een toelating tot verblijf en de afgifte van een verblijfsvergunning inhoudt. Dit gaat een stap verder dan het louter tolereren van een vreemdeling op het grondgebied. De afgifte van een verblijfsvergunning is vaak een voorwaarde om toegang te krijgen tot socio-economische rechten. De toelating tot verblijf blijft nog steeds in beginsel een prerogatief van Staten. Dit punt wordt nog het best geïllustreerd door de situatie van staatlozen. Een vreemdeling kan immers als staatloze worden erkend en hij bezit daardoor een status op basis van het VN-Verdrag betreffende de status van staatlozen van 28 september 1954.<sup>1103</sup> Daarmee heeft deze staatloze echter nog geen verblijfsvergunning. Het Verdrag verbindt wel een aantal socio-economische rechten aan de toekenning van de status, maar sommige ervan kunnen enkel worden uitgeoefend indien de staatloze op regelmatige wijze op het grondgebied verblijft. Ondanks zijn status als staatloze, kan ook deze vreemdeling nog in een precaire (verblijfs)situatie verkeren.

462. De soevereine bevoegdheid die een Staat bezit om een status of verblijfsrecht te verbinden aan een niet-verwijdering betekent niet dat een Staat niet verplicht is om bepaalde basisrechten te verzekeren. De notie 'menselijke waardigheid', het beginsel van non-discriminatie alsook mensenrechten geven hier een eigen invulling aan de standaard van de behandeling van vreemdelingen.<sup>1104</sup> In de context van de EU speelt vooral het EVRM daarin een sleutelrol omdat het, zoals reeds vermeld, een verplichting tot eerbiediging van de rechten en vrijheden verzekert aan eenieder die ressorteert onder de rechtsmacht van de verdragsluitende Staten, ongeacht de verblijfsstatus.<sup>1105</sup>

463. Vreemdelingen die tegen verwijdering worden beschermd op basis van het EVRM, genieten wegens hun aanwezigheid op het grondgebied van een verdragsluitende Staat van een minimumstandaard van behandeling onder het EVRM. De vreemdeling kan op basis van het EVRM geen aanspraak maken op een recht van tewerkstelling of financiële steun.

---

<sup>1102</sup> J.C. HATHAWAY, "Leveraging asylum", *supra* noot 19, 503-536.

<sup>1103</sup> Zie Convention relating to the Status of Stateless Persons, 28 September 1951, New York, *United Nations Treaty Series*, vol. 360, 117.

<sup>1104</sup> I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 503. A. CASSESE, *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 122-123. Zie ook D. WEISSBRODT, *The Human Rights of Non-Citizens*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 257p.

<sup>1105</sup> P. BOELES, M. DEN HEIJER, G. LODDER en K. WOUTERS, *European Migration Law*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 298.

Anderzijds mag, volgens de rechtspraak van het Hof, een Staat niet onverschillig en nalatig zijn t.a.v. een vreemdeling die niet in de mogelijkheid verkeert om zich te voorzien van de meest elementaire levensbehoeften, zoals voedsel, hygiëne en huisvesting, en zich daardoor in een situatie van ernstige ontbering en extreme armoede bevindt. Hierdoor komt de menselijke waardigheid zodanig in het gedrang dat het in strijd is met artikel 3 EVRM. Een positieve verplichting voor Staten om hulp te bieden kan daaruit worden afgeleid, maar enkel aan noodlijdende vreemdelingen en in extreme omstandigheden. Men kan argumenteren dat dit het geval is wanneer een onverwijderbare vreemdeling, waarvan de nood aan bescherming werd vastgesteld, verstoken blijft van een status, verblijf en de daarbij horende socio-economische rechten en daardoor in een situatie van ernstige ontbering verzeilt. Het argument wint aan kracht wanneer het een vreemdeling betreft voor wie het perspectief op bescherming in het land van herkomst of in een derde land zich niet meteen zal voordoen, en die dus gedurende langere tijd onverwijderbaar zal zijn.

464. Het EVRM houdt, in beginsel, voorts ook geen recht in op de afgifte van een verblijfsrecht of een bepaalde verblijfsvergunning. Daarentegen kan de aanhoudende weigering van een verblijfsvergunning of het gebrek aan een juridische en/of verblijfstatus van vreemdelingen die een gezinsleven en/of privéleven hebben uitgebouwd in een verdragsluitende Staat en die, door het hen onthouden van een verblijfsvergunning of door het gebrek aan juridische status, zich in een precarie en onzekere situatie bevinden, in bepaalde gevallen aanleiding geven tot een schending van artikel 8 EVRM. Het type van verblijfsvergunning of het soort van verblijf doet er niet toe, zolang de voorgestelde oplossing de vreemdeling de mogelijkheid biedt in de Staat te verblijven en zijn gezins- en/of privéleven (in alle aspecten) ongestoord uit te oefenen. Het lijkt ook van belang dat de afgifte van een verblijfsvergunning de nodige toegang geeft tot bepaalde socio-economische rechten, zoals tewerkstelling. In die zin heeft het Hof, zij het in beperkte gevallen, de toekenning van een verblijfsrecht en status binnen de reikwijdte van zijn rechtspraak en het EVRM gebracht. Omdat de rechtspraak zich momenteel voornamelijk beperkt tot een klein aantal precieze en individuele gevallen, is het m.i. nog te vroeg om hieruit algemene beginselen, laat staan een verplichting tot regularisatie, af te leiden. Een genuanceerde en voorzichtige kijk blijft noodzakelijk, maar het Hof tekent stilaan toch een aantal lijnen uit die hopelijk in de toekomst duidelijker worden.

Voor vreemdelingen die niet verwijderd kunnen worden omwille van hun onzekere identiteit, stelt het Hof dat de ontvangende Staat hen actief moet bijstaan in het zoeken van oplossing. Indien geen alternatief opvangland wordt gevonden, dan dienen maatregelen genomen te worden om hun situatie op het grondgebied te 'regulariseren'.

465. Slachtoffers van mensenhandel en NBM's lijken onder de respectievelijke internationale instrumenten van de VN en de Raad van Europa dan weer over meer perspectieven te beschikken. Zo kan aan een slachtoffer van mensenhandel een verblijfsvergunning worden afgegeven, hoewel de Staat kan beslissen of ze dat doet omwille van de persoonlijke situatie van de vreemdeling en/of omwille van zijn bereidheid tot samenwerking. De afgifte van de verblijfsvergunning opent dan weer de toegang tot een aantal socio-economische rechten. NBM's dienen, volgens het Kinderrechtencomité, ook in het bezit te worden gesteld van een verblijfsstatus indien de enige duurzame oplossing lokale integratie in de ontvangende Staat is. Ook zij genieten van een aantal socio-economische rechten, die aan hun specifieke noden beantwoorden. Echter, wat er met hen gebeurt eens ze meerderjarig zijn wordt volledig aan de soevereine bevoegdheid van de Staten gelaten.

#### **§ 4. De opname van de internationale minimumstandaarden in de EU- en nationale wetgeving**

466. Internationale minimumstandaarden zijn zeker een van de factoren die aanzet hebben gegeven tot bijkomende bescherming. Zo heeft de rechtspraak van het EHRM ertoe geleid dat Staten maatregelen hebben genomen, zoals wetswijzigingen, wijzigingen in nationale rechtspraak, praktische wijziging, e.d., om bepaalde schendingen van het EVRM in de toekomst te voorkomen. Volgens Sundberg kunnen deze algemene maatregelen in twee categorieën worden onderverdeeld: (1) maatregelen om de criteria voor het toekennen van een vluchtelingenstatus of andere beschermingsstatuten te corrigeren of om de criteria inzake een verblijf te corrigeren; (b) maatregelen om procedurele gebreken te corrigeren.<sup>1106</sup>

467. Deze invloed van de internationale instrumenten en rechtspraak niet nagelaten, zijn het voornamelijk de EU- en nationale ontwikkelingen die aan deze internationale minimumbescherming een verdere concrete vorm en inhoud hebben gegeven. Immers, het toekennen van een status, van een verblijfsvergunning en van socio-economische rechten in het kader van bijkomende bescherming wordt vandaag, zowel nationaal als internationaal, nog steeds gezien als een bevoegdheid die behoort tot de discretie van de Staat, en, door overheveling van bevoegdheden, in sommige gevallen ook tot die van de Europese Unie.

Het lijkt daarom niet juist om de toenemende beschermingsreflex t.a.v. vreemdelingen en het bestaan van bijkomende beschermingsstatuten volledig te (ver)wijten aan de internationale minimumstandaarden, met name de rechtspraak van het EHRM, aangezien deze zich voornamelijk beperken tot het identificeren van verwijderingsbeletselen.

Elders wordt bovendien overtuigend geargumenteed dat het prerogatief inzake de migratiecontrole evenveel wordt beperkt door de nationale grondrechten en nationale rechtspraak als door de internationale minimumstandaarden.<sup>1107</sup> In dezelfde zin wordt aangetoond dat de nationale rechtbanken de uitspraken van het EHRM ruimer hebben opgevat of ingevuld dan dat ze in oorsprong bedoeld waren. Deze nationale rechtspraak die op zijn beurt een uitbreiding inhoudt van het EVRM heeft ook gevolgen gehad op de wetgeving en de toepassing ervan in de praktijk.<sup>1108</sup> Niet enkel de rechtspraak van het EHRM heeft dus

---

<sup>1106</sup> Keynote presentation van F. SUNDBERG, in COUNCIL OF EUROPE, 2<sup>nd</sup> *Colloquy on the European Convention on Human Rights and the Protection of Refugees, Asylum-Seekers and Displaced Persons*, supra noot 1100, 112. Zie ook K. BUCHINGER en A. STEINKELLNER, "Litigation before the European Court of Human Rights and Domestic Implementation: Does the European Convention Promote the Rights of Immigrants and Asylum Seekers?", supra noot 1091, 419-435.

<sup>1107</sup> V. GUIRAUDON en G. LAHAV, "A Reappraisal of the State Sovereignty Debate: The Case of Migration Control", *Comparative Political Studies* 2000, 163-195.

<sup>1108</sup> Zie in die zin de divergentie tussen de rechtspraak van het EHRM inzake artikel 3 EVRM m.b.t. ernstig zieke vreemdelingen en de rechtspraak van de Belgische rechtscollages inzake het criterium van de aard en de ernst van de aandoening van een vreemdeling in het kader van artikel 3 EVRM. Waar het EHRM vereist dat er sprake is van een ziekte die een vergevorderd of terminaal/kritiek stadium heeft bereikt, stelden Belgische rechtscollages zich in vroegere rechtspraak soepeler op en vereisten zij geen onomkeerbaar ziektepatroon. Zie S. BOUCKAERT, *Documentloze vreemdelingen – Grondrechtenbescherming doorheen de Belgische en internationale rechtspraak vanaf 1985*, Antwerpen, Maklu, 2007, 130. Zie ook F. MOTULSKY en M. BOBRUSHKIN, "Le séjour des étrangers en Belgique et le contentieux 'medical'. Aperçu de quelques principes dégagés par la jurisprudence récente du tribunal de première instance de Bruxelles siégeant en référé et de la section d'administration du Conseil d'Etat", *J.T.T.* 1998, 281-287: "dans l'hypothèse où l'état de santé de l'étranger demandeur serait évolutif, son éloignement du territoire national pourrait cependant être envisagé pour autant que le pays destinataire soit pourvu d'une infrastructure médicale suffisante pour assurer le traitement de la pathologie visée." Zie ook L. LEJEUNE en F. MATHY, "La jurisprudence du Conseil d'Etat au contentieux médical des étrangers", *Rév.dr.étr.* 2002, 393-400, waaruit blijkt dat ook geestelijke aandoeningen in aanmerking werden genomen voor de verlening van een verblijfsvergunning. Zie ook S. BOUCKAERT, "Medische aspecten van het vreemdelingenrecht en artikel 3 van het E.V.R.M. Een overzicht van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, de Raad van State en de burgerlijke rechtbanken", *T. Vreemd.* 2005, 186-203. Toen in 2006 een beschermingsstatuut op medische gronden in de Vreemdelingenwet werd ingevoerd (zie artikel 9ter Vreemdelingenwet), heeft deze rechtspraak van de Belgische rechtbanken ertoe geleid dat deze beschermingsgrond ruim werd ingevuld door de Dienst Vreemdelingenzaken (DVZ). Immers, voor, tijdens en na de invoering van artikel 9ter Vreemdelingenwet in 2006 (van 1997 tot 2012), was



een ‘*norm creating character*’. EU- en nationale ontwikkelingen kunnen echter enkel goed worden begrepen in het licht van de internationale minimumstandaarden, en daarom was het noodzakelijk om in dit Hoofdstuk 1 van Deel 1 het internationale normatieve kader eerst te behandelen.

---

de praktijk van DVZ en de rechtspraak van de Raad van State over de ernst van de ziekte weliswaar geïnspireerd op, maar toch duidelijk ruimer dan, de rechtspraak van het EHRM. Hoewel de bewoordingen van artikel 9<sup>ter</sup> nauw aansluiten bij de bewoordingen van artikel 3 EVRM, hanteerde men dus een ruimere interpretatie. Sinds begin 2012 hanteert de Dienst Vreemdelingenzaken een striktere interpretatie van artikel 9<sup>ter</sup> Vreemdelingenwet, die veel nauwer aansluit bij de rechtspraak van het EHRM omtrent ernstig zieke vreemdelingen. De DVZ hanteert dan ook een veel hogere drempel m.b.t. de ernst van de ziekte en vereist dat er sprake is van een actueel levensbedreigende ziekte vooraleer de bescherming onder artikel 9<sup>ter</sup> Vreemdelingenwet in werking kan treden. Zie hierover <http://www.kruispuntmi.be/nieuws/raad-van-state-verdeeld-over-draagwijdte-artikel-9ter-verblijfswet>.



## Hoofdstuk 2. Unierechtelijke harmoniserende standaarden voor bijkomende bescherming

468. De harmonisatie van het EU-asiel- en immigratiebeleid ten aanzien van derdelanders kwam in een stroomversnelling na de ondertekening op 2 oktober 1997 van het Verdrag van Amsterdam houdende wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie, de Verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen en sommige bijbehorende akten die in werking traden op 1 mei 1999.<sup>1109</sup> Voor het Verdrag van Amsterdam werden maatregelen inzake asiel en immigratie op EU-niveau aangenomen op basis van een intergouvernementele besluitvorming, maar deze bleek zowel wat betreft de werking als de resultaten zeer onbevredigend.<sup>1110</sup> De herziening van het EU-Verdrag was dan ook een aanleiding om het besluitvormingsproces inzake asiel en immigratie te wijzigen. De toepassing van de communautaire besluitvorming werd geleidelijk aan toegepast. In eerste instantie gold een overgangperiode van vijf jaar, waarin de Europese Commissie haar initiatiefrecht inzake wetgeving van de Unie deelde met de lidstaten. De Raad nam de voorgestelde asiel- en migratiewetgeving hoofdzakelijk aan op basis van unanimiteit, na raadpleging van het Europees Parlement.<sup>1111</sup> Onder titel IV “Visa, asiel, immigratie en andere beleidsterreinen die verband houden met het vrije verkeer van personen” van het herziene Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (VEG) werden een aantal maatregelen opgesteld die de Raad diende aan te nemen met het oog op de geleidelijke totstandbrenging van een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, o.m. maatregelen op het gebied van asiel, immigratie en de vrijwaring van de rechten van onderdanen van derde landen.

469. In oktober 1999 verduidelijkte de Europese Raad, in Tampere, de doelstelling van een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht in de Europese Unie en de plaats van een gemeenschappelijk asiel- en immigratiebeleid daarin.<sup>1112</sup> De Europese Raad herinnerde eraan dat de Europese integratiegedachte diep geworteld was in het gemeenschappelijk engagement voor vrijheid op basis van de rechten van de mens, democratische instellingen en de rechtsstaat. De uitdaging van het Verdrag van Amsterdam bestond erin om te zorgen dat die vrijheid, met inbegrip van het recht om zich ongehinderd door de gehele Unie te verplaatsen, kan worden genoten in omstandigheden die veiligheid en toegang tot het recht voor allen waarborgen. Deze vrijheid mag echter niet worden opgevat als een domein dat alleen aan de eigen burgers van de Unie is voorbehouden. Volgens de Europese Raad trekt het bestaan van deze vrijheid alleen al wereldwijd velen aan die niet de vrijheid genieten die de burgers van de Unie als vanzelfsprekend beschouwen. Aldus de Europese Raad: *“Het zou in strijd zijn met de Europese tradities die vrijheid te ontfangen aan hen die, door omstandigheden gedwongen, op legitieme gronden toegang tot ons grondgebied trachten te krijgen. Dit maakt het voor de Unie noodzakelijk een gemeenschappelijk asiel- en immigratiebeleid uit te werken, rekening houdend met de noodzaak van een consequente controle aan de buitengrenzen om illegale immigratie een halt toe te roepen en degenen die deze immigratie organiseren en daarmee*

---

<sup>1109</sup> Verdrag van Amsterdam houdende wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie, de Verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen en sommige bijbehorende akten, *Pb.C.* 10 november 1997, afl. 340.

<sup>1110</sup> Voor een analyse van EU-maatregelen inzake asiel en immigratie voor de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam, zie S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 9-17. Voor een analyse van het institutioneel beleid voor en tijdens het Verdrag van Amsterdam, zie G. PAPAGIANNI, *Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 392 p.

<sup>1111</sup> Zie artikel 67 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (geconsolideerde versie na de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam), *Pb.C.* 10 november 1997, afl. 340, 203-204.

<sup>1112</sup> Europese Raad, Raadsconclusies van 15 en 16 oktober 1999 in Tampere, Press nr. 200/1/99.

*verband houdende internationale misdrijven begaan, te bestrijden. Dit gemeenschappelijk beleid moet berusten op beginselen die niet alleen duidelijk zijn voor onze eigen burgers maar ook garanties bieden aan hen die bescherming zoeken in of toegang vragen tot de Europese Unie. Doel is een open en veilige Europese Unie, die volledig gebonden is aan de verplichtingen die voortvloeien uit het Vluchtelingenverdrag van Genève en andere relevante instrumenten betreffende de mensenrechten, en die in staat is op basis van solidariteit humanitaire noden te lenigen. Er moet ook een gemeenschappelijke aanpak worden ontwikkeld om ervoor te zorgen dat derdelanders die legaal in de Unie verblijven, in onze samenleving geïntegreerd worden.”*

470. Concreet hield dit engagement in dat binnen een periode van vijf jaar na de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam, volgende maatregelen werden aangenomen op basis van artikel 63 VEG:<sup>1113</sup>

1) Maatregelen inzake een gemeenschappelijk asielbeleid, m.n. de instelling van een gemeenschappelijk Europees asielstelsel (GEAS).<sup>1114</sup> De EU-harmonisatie van de asielwetgeving dient een tweevoudig doel: het garanderen van de bescherming aan vreemdelingen op basis van de volledige en niet-restrictieve toepassing van het VN-Vluchtelingenverdrag en de handhaving van het non-refoulementbeginsel, alsook ertoe bijdragen dat de secundaire migratiestromen tussen lidstaten worden beperkt.<sup>1115</sup> De handhaving van het beginsel van non-refoulement moet garanderen dat niemand wordt teruggestuurd naar het land van vervolging. Concreet betekende dit dat de criteria en instrumenten werden aangenomen voor de vaststelling van de lidstaat die verantwoordelijk is voor de behandeling van een asielverzoek dat door een vreemdeling wordt ingediend in één van de lidstaten; dat er minimumnormen werden vastgesteld voor de opvang van asielzoekers in de lidstaten alsook minimumnormen voor het aanmerken van onderdanen van derde landen als vluchteling en minimumnormen voor de procedures in de lidstaten voor de toekenning of intrekking van de vluchtelingenstatus. Daarnaast werden bijkomende maatregelen genomen inzake vluchtelingen en ontheemden, met name minimumnormen voor het verlenen van tijdelijke bescherming aan ontheemden uit derde landen die niet naar hun land van oorsprong kunnen terugkeren en voor personen die anderszins internationale bescherming behoeven alsook het bevorderen van een evenwicht tussen de inspanningen van de lidstaten voor de opvang en het dragen van de consequenties van de opvang van vluchtelingen en ontheemden.<sup>1116</sup>

2) Maatregelen inzake een gemeenschappelijk immigratiebeleid. De Europese Raad erkende in Tampere de noodzaak van de onderlinge afstemming van de nationale wetgevingen over de voorwaarden voor toelating en verblijf van derdelanders.<sup>1117</sup> Er werden, onder meer, voorwaarden voor toegang en verblijf en normen voor de procedures voor de afgifte door de

---

<sup>1113</sup> Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (geconsolideerde versie na inwerkingtreding Verdrag van Amsterdam), *Pb.C.* 10 november 1997, afl. 340, 202. De EU-regelgeving inzake het grens- en visabeheer wordt hier niet besproken omdat dit aspecten zijn die veeleer verbonden zijn met de toegang tot het grondgebied dan het verblijf op het grondgebied.

<sup>1114</sup> Voor een kritische analyse van het Europees gemeenschappelijk asielbeleid, zie E. GUILD, “The Europeanisation of Europe’s Asylum Policy”, *IJRL* 2006, 630- 651; J. PIRJOLA, “European Asylum Policy: Inclusions and Exclusions Under the Surface of Universal Human Rights Language”, *EJML* 2009, 347-366.

<sup>1115</sup> Zie punten 13 tot en met 17 van de Tampere Raadsconclusies van 15 en 16 oktober 1999 en Preambule, overwegingen 6 en 7 van Richtl.Raad 2004/83/EG, 29 april 2004 inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchteling of als persoon die anderszins internationale bescherming behoeft, en de inhoud van de verleende bescherming, *Pb.L.* 30 september 2004, afl. 304, 12.

<sup>1116</sup> Over de uiteenlopende graad van harmonisatie die werd bereikt tijdens de eerste fase van het GEAS, zie J. VEDSTED-HANSEN, “Common EU Standards on Asylum: Optional Harmonisation and Exclusive Procedures?”, *EJML* 2005, 369-376.

<sup>1117</sup> Zie punt 20 van de Tampere Raadsconclusies van 15 en 16 oktober 1999.

lidstaten van langlopende visa en verblijfstitels vastgelegd<sup>1118</sup>, met name met het oog op gezinshereniging, alsook maatregelen aangenomen inzake illegale immigratie en illegaal verblijf, met inbegrip van repatriëring van illegaalverblijvende personen. Daarbij werd door de Europese Raad veel belang gehecht aan de strijd tegen mensensmokkel en mensenhandel, waarbij de rechten van de slachtoffers van dergelijke praktijken dienden te worden gewaarborgd, met bijzondere aandacht voor de problemen van vrouwen en kinderen.<sup>1119</sup> Tenslotte werden maatregelen aangenomen waarin de rechten en voorwaarden worden omschreven volgens dewelke onderdanen van derde landen die legaal in een lidstaat verblijven, in andere lidstaten mogen verblijven. Het was de bedoeling om de wettelijke status van langdurig verblijvende derdelanders meer in overeenstemming te brengen met die van de EU-onderdanen.<sup>1120</sup>

471. Na de overgangsperiode van vijf jaar verduidelijkte de Europese Raad een aantal zaken in het Haags beleidsprogramma inzake de versterking van vrijheid, veiligheid en recht in de Europese Unie.<sup>1121</sup> Verheugd over de basis die in de eerste wetgevende fase was gelegd inzake een gemeenschappelijk asiel- en immigratiebeleid, drong de Europese Raad aan op de verdere ontwikkeling van dit beleid. Het was tijd voor een tweede wetgevende fase, waarin een verdergaande harmonisering van de wetgeving voor ogen werd gesteld. Inzake het GEAS stelde de Europese Raad: *“Het doel van de tweede fase van het gemeenschappelijk Europees asielstelsel is de totstandbrenging van een gemeenschappelijke asielprocedure en een uniforme status voor personen aan wie asiel of subsidiaire bescherming wordt verleend. Het gemeenschappelijk Europees asielstelsel zal stoelen op de volledige en inclusieve toepassing van het Vluchtelingenverdrag van Genève en andere relevante verdragen en zal op een grondige en volledige evaluatie van de rechtsinstrumenten uit de eerste fase voortbouwen.”*<sup>1122</sup> De Europese Raad vroeg verder om werk te maken van een beleidsplan inzake legale migratie, m.n. arbeidsmigratie, om in te kunnen spelen op de vraag van de arbeidsmarkten<sup>1123</sup>, alsook van een doeltreffend verwijderings- en terugkeerbeleid gebaseerd op gemeenschappelijke normen voor mensen die op een humane manier, met volledige eerbiediging van hun mensenrechten en waardigheid teruggezonden worden.<sup>1124</sup>

472. Om deze tweede fase in het EU-gemeenschappelijk asiel- en immigratiebeleid beter te verwezenlijken, moest de besluitvorming evolueren naar een waarachtige communautaire besluitvorming, waar regelgeving kan worden aangenomen op basis van een gekwalificeerde meerderheid in de Raad met codecisie van het Europees Parlement. Door de inwerkingtreding van het Verdrag van Nice op 1 februari 2003, wijzigde artikel 67 VEG en werd bepaald dat inzake het asielbeleid de communautaire besluitvorming zou worden toegepast *“voorzover de Raad vooraf overeenkomstig lid 1 van dit artikel communautaire wetgeving heeft vastgesteld waarin gemeenschappelijke regels en de voornaamste beginselen terzake worden bepaald.”*<sup>1125</sup> Door een besluit van de Raad werd de communautaire besluitvorming

---

<sup>1118</sup> Voor een analyse van het Europees immigratiebeleid zie A. WIESBROCK, *Legal Migration to the European Union*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2009, 636 p.

<sup>1119</sup> Zie punt 23 van de Tampere Raadsconclusies van 15 en 16 oktober 1999.

<sup>1120</sup> Zie punt 21 van de Tampere Raadsconclusies van 15 en 16 oktober 1999.

<sup>1121</sup> Het Haags programma: versterking van vrijheid, veiligheid en recht in de Europese Unie, *Pb.C.* 3 maart 2005, afl. 53.

<sup>1122</sup> Het Haags programma: versterking van vrijheid, veiligheid en recht in de Europese Unie, *Pb.C.* 3 maart 2005, afl. 53, 3.

<sup>1123</sup> Het Haags programma: versterking van vrijheid, veiligheid en recht in de Europese Unie, *Pb.C.* 3 maart 2005, afl. 53, 4.

<sup>1124</sup> Het Haags programma: versterking van vrijheid, veiligheid en recht in de Europese Unie, *Pb.C.* 3 maart 2005, afl. 53, 6.

<sup>1125</sup> Art. 67, par. 5, Geconsolideerde versie van het Verdrag betreffende de Europese Unie, *Pb.C.* 24 december 2002, afl. 325, 61.

bij uitbreiding ook van toepassing op andere onderdelen van het EU-asiel- en immigratiebeleid, met uitzondering van legale migratie.<sup>1126</sup>

473. Op 13 december 2007 werd het Verdrag van Lissabon ondertekend dat het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap wijzigde. Het trad in werking op 1 december 2009. In artikel 67 onder Titel V “De ruimte van vrijheid, veiligheid en recht” van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) wordt bevestigd dat de Unie een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht is, waarin de grondrechten en de verschillende rechtsstelsels en -tradities van de lidstaten worden geëerbiedigd.<sup>1127</sup> Dat houdt in dat de Unie ervoor zorgt dat aan de binnengrenzen geen personencontroles worden verricht en dat een gemeenschappelijk beleid wordt ontwikkeld op het gebied van asiel, immigratie en controle aan de buitengrenzen, dat is gebaseerd op de solidariteit tussen de lidstaten en dat billijk is ten aanzien van de onderdanen van derde landen.

In het VWEU worden concrete maatregelen opgesomd die de tweede wetgevende fase in de creatie van een gemeenschappelijk asiel- en immigratiebeleid tot een goed einde moeten brengen. De doelstelling is om van minimumnormen en minimumstandaarden te evolueren naar gemeenschappelijke normen en uniforme standaarden. Deze maatregelen worden aangenomen volgens de gewone wetgevende procedure, m.n. met een gekwalificeerde meerderheid in de Raad en codecisie van het Europees Parlement.

474. In het kader van een gemeenschappelijk asielbeleid verduidelijkt artikel 78 VWEU dat aan iedere onderdaan die internationale bescherming behoeft een passende status wordt verleend en de naleving van het beginsel van non-refoulement wordt gegarandeerd. Een gemeenschappelijk Europees asielstelsel omvat een uniforme asielstatus voor derdelanders die in de gehele Unie geldt; een uniforme subsidiaire beschermingsstatus voor derdelanders; een gemeenschappelijk stelsel voor de tijdelijke bescherming van ontheemden in geval van een massale toestroom; gemeenschappelijke procedures voor de toekenning of intrekking van de uniforme status van asiel- of van subsidiaire bescherming; de criteria en instrumenten voor de vaststelling van de lidstaat die verantwoordelijk is voor de behandeling van een asielverzoek of van een verzoek om subsidiaire bescherming; de normen betreffende de voorwaarden inzake de opvang van asielzoekers of van aanvragers van subsidiaire bescherming; het partnerschap en de samenwerking met derde landen om de stromen van asielzoekers of aanvragers van subsidiaire of tijdelijke bescherming te beheersen.<sup>1128</sup>

In het Stockholmprogramma worden de beleidsprioriteiten inzake asiel voor de periode 2010-2014 uiteengezet: het GEAS moet steunen op hoge beschermingsnormen met de gepaste aandacht voor eerlijke en effectieve procedures waarmee misbruik kan worden voorkomen. Essentieel is dat asielzoekers op een gelijkwaardig niveau behandeld worden wat betreft de opvangvoorwaarden, en op hetzelfde niveau qua procedurele regelingen en statusbepaling, ongeacht de lidstaat waar zij hun verzoek indienen. De vuistregel moet zijn dat gelijke gevallen gelijk behandeld worden met een gelijk resultaat tot gevolg.<sup>1129</sup>

---

<sup>1126</sup> Besluit van de Raad van 22 december 2004 betreffende de toepassing van de procedure zoals vastgelegd in artikel 251 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap op sommige gebieden die onder titel IV van het derde deel van dat Verdrag vallen, *Pb.L.* 31 december 2004, afl. 396, 45 e.v.

<sup>1127</sup> Geconsolideerde versie van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, *Pb.C.* 30 maart 2010, afl. 83, 73.

<sup>1128</sup> Geconsolideerde versie van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, *Pb.C.* 30 maart 2010, afl. 83, 76-77.

<sup>1129</sup> Europese Raad, Het Programma van Stockholm: een open en veilig Europa ten dienste en ter bescherming van de burger, *Pb.C.* 4 mei 2010, afl. 115, 32.

In de tweede fase van het GEAS wordt gesproken over een aanvraag van ‘internationale bescherming’ i.p.v. een asielaanvraag. Internationale bescherming omhelst zowel beide EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten, m.n. de vluchtelingenstatus en de subsidiaire beschermingsstatus, en in wezen ook het stelsel van de tijdelijke bescherming. De doelstelling is om één gemeenschappelijke procedure tot stand te brengen waarbij een aanvraag primair wordt onderzocht in het licht van de criteria voor de erkenning van de vluchtelingenstatus en vervolgens in het licht van de criteria voor de toekenning van de subsidiaire beschermingsstatus. Er wordt gestreefd naar een uniforme status voor personen aan wie asiel of subsidiaire bescherming wordt verleend. Dit houdt een gelijkschakelijking in van de inhoud van de vluchtelingenstatus en van de subsidiaire beschermingsstatus.

475. Daarnaast is de verdere ontwikkeling van een gemeenschappelijk immigratiebeleid op basis van artikel 79 VWEU erop gericht om in alle stadia te zorgen voor een efficiënt beheer van de migratiestromen, een billijke behandeling van onderdanen van derde landen die legaal op het grondgebied van de lidstaten verblijven, en een preventie en intensievere bestrijding van illegale immigratie en mensenhandel. Concreet houdt dit in dat maatregelen genomen worden met betrekking tot de voorwaarden voor toegang en verblijf, en normen betreffende de afgifte door de lidstaten van langlopende visa en verblijfstitels, onder andere met het oog op gezinshereniging; de omschrijving van de rechten van onderdanen van derde landen die legaal in een lidstaat verblijven, alsook de voorwaarden ter regeling van het vrije verkeer en het vrije verblijf in andere lidstaten; de illegale immigratie en het illegaal verblijf, met inbegrip van de verwijdering en repatriëring van illegaal verblijvende personen; en de bestrijding van mensenhandel, met name de handel in vrouwen en kinderen.<sup>1130</sup>

Volgens het Stockholmprogramma zijn beleidsprioriteiten hier voornamelijk het opzetten van een gecoördineerd arbeidsimmigratiebeleid, waarbij lidstaten zelf bepalen hoeveel onderdanen van derde landen tot hun grondgebied worden toegelaten om in loondienst arbeid te verrichten, alsook de evaluatie en eventuele herziening van de EU-regelgeving inzake de gezinshereniging. Er wordt belang gehecht aan een effectief en praktisch beleid ter bestrijding van de illegale immigratie en mensenhandel, en het opstellen van een actieplan inzake niet-begeleide minderjarige vreemdelingen.<sup>1131</sup>

476. Het hoofddoel van deze harmonisatie die sinds Tampere wordt vooropgesteld inzake asiel- en migratie bestaat er dus in om een benadering (*‘approximation’*) van de nationale regelgevingen in de lidstaten tot stand te laten komen door middel van Unierechtelijke standaarden.<sup>1132</sup> Uit dit Hoofdstuk 2 van Deel 1 zal evenwel blijken dat de internationale minimumstandaarden voor de bijkomende bescherming een doorwerking kennen in het Unierecht, met name wat betreft de EU-asiel- en immigratiewetgeving. Mink wijst er terecht op dat de totstandbrenging van het Unierecht niet plaatsvindt in een juridisch vacuüm wanneer het betrekking heeft op onderwerpen die verbonden zijn met de mensenrechtenbescherming. De verplichtingen van lidstaten die volgen uit de internationale verdragen blijven onaangetast wanneer het Unierecht, primair of secundair, wordt aangenomen, aangezien de internationale verplichtingen in beginsel primeren over de EU-verplichtingen.<sup>1133</sup>

---

<sup>1130</sup> Geconsolideerde versie van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, *Pb.C.* 30 maart 2010, afl. 83, 77-78.

<sup>1131</sup> Europese Raad, Het Programma van Stockholm: een open en veilig Europa ten dienste en ter bescherming van de burger, *Pb.C.* 4 mei 2010, afl. 115, 29-31.

<sup>1132</sup> Zie in deze zin BATTJES, *European Asylum Law and International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 161-162.

<sup>1133</sup> J. MINK, “EU Asylum and Human Rights Protection”: Revisiting the Principle of Non-Refoulement and the Prohibition of Torture and Other Forms of Ill-treatment”, *EJML* 2012, 128.

In dit kader moet worden gewezen op artikel 6 van het huidige Verdrag tot oprichting van de Europese Unie (VEU) dat stelt:

*“1. De Unie erkent de rechten, vrijheden en beginselen die zijn vastgesteld in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie van 7 december 2000, als aangepast op 12 december 2007 te Straatsburg, dat dezelfde juridische waarde als de Verdragen heeft.*

*De bepalingen van het Handvest houden geenszins een verruiming in van de bevoegdheden van de Unie zoals bepaald bij de Verdragen.*

*De rechten, vrijheden en beginselen van het Handvest worden uitgelegd overeenkomstig de algemene bepalingen van titel VII van het Handvest betreffende de uitlegging en toepassing ervan, waarbij de in het Handvest bedoelde toelichtingen, waarin de bronnen van deze bepalingen vermeld zijn, terdege in acht genomen worden.*

*2. De Unie treedt toe tot het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Die toetreding wijzigt de bevoegdheden van de Unie, zoals bepaald in de Verdragen, niet.*

*3. De grondrechten, zoals zij worden gewaarborgd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en zoals zij voortvloeien uit de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben, maken als algemene beginselen deel uit van het recht van de Unie.”*

Dit artikel vormt het wettelijke basiskader voor de bescherming van mensenrechten in de rechtsorde van de EU, inclusief de relevante EU-asiel- en immigratiewetgeving. Zoals PEERS stelt, is de bescherming van mensenrechten in de EU gestoeld op verschillende bronnen, met name 1) *het Handvest*, 2) *het EVRM* en 3) *de grondrechten die deel uitmaken van de algemene beginselen van het Unierecht*, hoewel deze drie bronnen elkaar overlappen.<sup>1134</sup> Bij deze wordt voorts opgemerkt dat de EU nog niet is toegetreden tot het EVRM maar dit gegeven doet geen afbreuk aan de doorwerking van het EVRM via het Handvest en de algemene beginselen van het Unierecht.

477. Voor wat betreft de *grondrechten als algemene beginselen van het Unierecht*, verwijst het VEU, enerzijds, naar de grondrechten zoals gewaarborgd door het EVRM. Het bevestigt daarmee de rechtspraak van het Hof van Justitie waarin herhaaldelijk wordt gesteld dat het EVRM een onderdeel uitmaakt van de algemene beginselen van het Unierecht. Dit Hof van Justitie heeft ook al meermaals gewezen op het belang om bijgevolg rekening te houden met de rechtspraak van het EHRM, zoals de rechtspraak inzake artikel 8 EVRM.

478. In het VEU wordt er, anderzijds, op gewezen dat ook de nationale constitutionele tradities deel uitmaken van de algemene beginselen van het Unierecht. In de zaak *Omega* werd dit als volgt verwoord: *“In dit verband zij herinnerd aan de vaste rechtspraak, dat de grondrechten integrerend deel uitmaken van de algemene rechtsbeginselen waarvan het Hof de eerbiediging verzekert, en dat het Hof zich daarbij laat leiden door de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten alsmede door de aanwijzingen die te vinden zijn in de internationale rechtsinstrumenten inzake de bescherming van de rechten van de mens waaraan de lidstaten hebben meegewerkt of waarbij zij zich hebben aangesloten. Aan het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens komt in dit verband bijzondere betekenis toe.”*<sup>1135</sup>

---

<sup>1134</sup> S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, supra noot 1110, 96.

<sup>1135</sup> HvJ 14 oktober 2004, C-36/06, *Omega*, ro. 33.



Het Hof laat zich evenwel niet enkel leiden door het EVRM, maar ook door aanwijzingen die in andere internationale mensenrechteninstrumenten terug te vinden zijn, zoals het VN-Kinderrechtenverdrag<sup>1136</sup> of het VN-Vluchtelingenverdrag.<sup>1137</sup> In die zin wijst artikel 78 VWEU er dan ook op dat het gemeenschappelijk beleid inzake de internationale bescherming in overeenstemming moet zijn niet enkel met het VN-Vluchtelingenverdrag “*alsmede met andere toepasselijke verdragen*”.

In de zaak *Omega* werd voorts trouwens door het Hof bevestigd dat: “*de communautaire rechtsorde onbetwistbaar [beoogt] de eerbied voor de menselijke waardigheid als algemeen rechtsbeginsel te verzekeren. Het lijdt bijgevolg geen twijfel dat het doel van bescherming van de menselijke waardigheid met het gemeenschapsrecht verenigbaar is, ongeacht dat in Duitsland het beginsel van de eerbied voor de menselijke waardigheid als autonoom grondrecht een bijzondere status geniet.*”<sup>1138</sup>

Volgens vaste rechtspraak van het Hof zijn ook lidstaten die handelen in de werkingssfeer van het Unierecht gehouden om de algemene rechtsbeginselen van Unierecht te eerbiedigen.<sup>1139</sup>

479. Verder vormt het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon een belangrijke bron voor de mensenrechtenbescherming in de Unie en speelt het nu ook een belangrijke rol in de rechtspraak van het Hof van Justitie.<sup>1140</sup> Artikel 6 VEU verduidelijkt dat dit Handvest dezelfde juridische waarde als de EU-Verdragen heeft en dat de rechten, vrijheden en beginselen van het Handvest moeten worden uitgelegd overeenkomstig de algemene bepalingen van titel VII van het Handvest betreffende de uitlegging en toepassing ervan, waarbij de in het Handvest bedoelde toelichtingen, waarin de bronnen van deze bepalingen vermeld zijn, terdege in acht genomen worden.

---

<sup>1136</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ 27 juni 2006, nr. C-540/03, *Parlement v. Raad*, par. 37: “Het Hof heeft reeds erop gewezen dat het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten behoort tot de internationale instrumenten ter bescherming van de rechten van de mens, waarmee het rekening houdt bij de toepassing van de algemene beginselen van gemeenschapsrecht (zie met name arresten van 18 oktober 1989, *Orkem/Commissie*, 374/87, *Jurispr. blz. 3283*, punt 31; 18 oktober 1990, *Dzodzi*, C-297/88 en C-197/89, *Jurispr. blz. I-3763*, punt 68, en 17 februari 1998, *Grant*, C-249/96, *Jurispr. blz. I-621*, punt 44). Dit is eveneens het geval met het voormelde Verdrag inzake de rechten van het kind, dat, zoals het net aangehaalde verdrag, elk der lidstaten bindt.”

<sup>1137</sup> Met name in het kader van de Kwalificatierichtlijn 2004, zie bijvoorbeeld HvJ 17 juni 2010, C-31/09, *Bolbol*, par. 36-38:

“36. De richtlijn is vastgesteld op de grondslag van met name artikel 63, eerste alinea, punt 1, sub c, EG, waarbij de Raad van de Europese Unie werd opgedragen maatregelen te nemen inzake asiel, in overeenstemming met het verdrag van Genève en andere desbetreffende verdragen, op het gebied van de minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen als vluchteling.

37. Blijkens de punten 3, 16 en 17 van de considerans van de richtlijn is het verdrag van Genève de hoeksteen van het internationale rechtstelsel ter bescherming van vluchtelingen en zijn de bepalingen van de richtlijn inzake de voorwaarden voor erkenning als vluchteling en de inhoud van de vluchtelingenstatus aangenomen om de bevoegde instanties van de lidstaten te helpen dit verdrag toe te passen op basis van gemeenschappelijke begrippen en criteria (zie arrest van 2 maart 2010, *Salahadin Abdulla e.a.*, C-175/08, C-176/08, C-178/08 en C-179/08, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*, punt 52).

38. De bepalingen van de richtlijn moeten dus worden uitgelegd in het licht van de algehele systematiek en de doelstelling van de richtlijn, met inachtneming van het verdrag van Genève en de andere desbetreffende verdragen bedoeld in artikel 63, eerste alinea, punt 1, EG. De uitlegging moet voorts geschieden, zoals uit punt 10 van de considerans van de richtlijn volgt, met eerbiediging van de grondrechten en inachtneming van de beginselen die met name zijn erkend in het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (arrest *Salahadin Abdulla e.a.*, reeds aangehaald, punten 53 en 54).”

<sup>1138</sup> HvJ 14 oktober 2004, C-36/06, *Omega*, ro. 34.

<sup>1139</sup> Zie aangehaalde rechtspraak in M. DESOMER, “De Belgische asielprocedure en de Europese administratieve rechtsbeginselen van de hoorplicht en het recht op inzage”, *T. Vreemd*. 2009, 18.

<sup>1140</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ 4 maart 2010, nr. C-578/08, *Chakroun*, waar het Hof zowel m.b.t. het recht op de eerbiediging van het gezinsleven zowel naar artikel 8 EVRM als artikel 7 van het Handvest verwijst.

Artikel 51, lid 1, Handvest preciseert in die zin verder: *“De bepalingen van dit Handvest zijn gericht tot de instellingen, organen en instanties van de Unie met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel, alsmede, uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen, tot de lidstaten. Derhalve eerbiedigen zij de rechten, leven zij de beginselen na en bevorderen zij de toepassing ervan overeenkomstig hun respectieve bevoegdheden en met inachtneming van de grenzen van de bevoegdheden zoals deze in de Verdragen aan de Unie zijn toegeedeeld.”*<sup>1141</sup>

In de Akerberg-zaak bevestigde het Hof zijn rechtspraak dat de door het Handvest gewaarborgde grondrechten moeten worden geëerbiedigd wanneer een nationale regeling binnen het toepassingsgebied van het Unierecht valt, zodat er geen gevallen kunnen zijn waarin het Unierecht geldt zonder dat die grondrechten toepassing vinden.<sup>1142</sup> Wanneer het Unierecht toepasselijk is, impliceert dit dat de door het Handvest gewaarborgde grondrechten toepassing vinden. Een nationale regeling valt binnen het toepassingsgebied van het Unierecht wanneer er een rechtstreeks verband bestaat tussen de nationale regeling en het Unierecht.<sup>1143</sup> Ook wanneer een lidstaat een beoordelingsbevoegdheid (*‘discretionary power’*) uitoefent die in Unieregelgeving is voorzien, dan brengt deze lidstaat het Unierecht ten uitvoer in de zin van artikel 51, lid 1, van het Handvest.<sup>1144</sup> DESOMER stelt samenvattend dat een nationale maatregel, waaronder zowel formele als materiële wetgeving als individuele toepassingen worden begrepen, binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt, wanneer hij werd aangenomen ter omzetting van een richtlijn, of wanneer hij invloed heeft op door het Unierecht verzekerd recht.<sup>1145</sup>

Wanneer daarentegen een juridische situatie niet binnen het toepassingsgebied van het Unierecht valt, is het Hof niet bevoegd om daarover uitspraak te doen en kunnen de eventueel aangevoerde bepalingen van het Handvest op zich niet de grondslag vormen voor die bevoegdheid. Dit correspondeert met artikel 6, lid 1, VEU, volgens hetwelk de bepalingen van het Handvest geenszins een verruiming inhouden van de bevoegdheden van de Unie zoals bepaald bij de Verdragen. Evenzo heet het in artikel 51, lid 2, van het Handvest dat dit laatste het toepassingsgebied van het recht van de Unie niet verder uitbreidt dan de bevoegdheden van de Unie reiken en dat het geen nieuwe bevoegdheden of taken voor de Unie schept, noch de in de Verdragen omschreven bevoegdheden en taken wijzigt.<sup>1146</sup>

Niettemin wanneer een situatie niet binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt, benadrukt het Hof dat de nationale rechter ertoe gehouden is om de situatie te beoordelen in het licht van de bepalingen van het EVRM, waartoe alle lidstaten partij zijn.<sup>1147</sup> Wanneer het Handvest niet toepasselijk is wegens een gebrek aan verband met het Unierecht, dan functioneert het EHRM als een soort terugvalbescherming.

---

<sup>1141</sup> Art. 51, lid 1, Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, *Pb.* C. 30 maart 2010, afl. 83, 402.

<sup>1142</sup> HvJ 26 februari 2013, C-617/10, *Akerberg*, par. 21 en 26.

<sup>1143</sup> Zie ook HvJ 8 mei 2013, C-87/12, par. 41: *“Om te bepalen of de weigering door de Luxemburgse autoriteiten om de familieleden van Kreshnik Ymeraga een verblijfsrecht als familieleden van een burger van de Unie te verlenen onder de uitvoering van het Unierecht in de zin van artikel 51 van het Handvest valt, moet onder meer worden nagegaan of de betrokken nationale regeling de uitvoering van een Unierechtelijke bepaling beoogt, wat de aard van deze regeling is en of zij andere doelstellingen nastreeft dan die waarop het recht van de Unie ziet, ook wanneer de regeling dit recht indirect nadelig kan beïnvloeden, en of er een Unierechtelijke regeling bestaat die specifiek is voor deze materie of deze kan beïnvloeden (zie arrest van 18 december 1997, Annibaldi, C-309/96, Jurispr. blz. I-7493, punten 21-23, en arrest Iida, punt 79).”*

<sup>1144</sup> Zie HvJ 21 december 2011, nr. C-411/10 en C-493/10, *N.S.*, par. 68 m.b.t. artikel 3, lid 2, van de Dublin II-verordening.

<sup>1145</sup> M. DESOMER, “De Belgische asielpprocedure en de Europese administratieve rechtsbeginselen van de hoorplicht en het recht op inzage”, *T. Vreemd.* 2009, 20.

<sup>1146</sup> HvJ 26 februari 2013, C-617/10, *Akerberg*, par. 22-23.

<sup>1147</sup> HvJ 15 november 2011, C-256/11, *Dereci*, par. 71.

In artikel 52 van het Handvest wordt vervolgens de reikwijdte en uitlegging van de gewaarborgde rechten en beginselen nader verduidelijkt:

- “1. Beperkingen op de uitoefening van de in dit Handvest erkende rechten en vrijheden moeten bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen. Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen slechts beperkingen worden gesteld, indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.*
- 2. De door dit Handvest erkende rechten die voorkomen in bepalingen van de Verdragen, worden uitgeoefend onder de voorwaarden en binnen de grenzen die door deze Verdragen zijn gesteld.*
- 3. Voor zover dit Handvest rechten bevat die corresponderen met rechten welke zijn gegarandeerd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, zijn de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde als die welke er door genoemd verdrag aan worden toegekend. Deze bepaling verhindert niet dat het recht van de Unie een ruimere bescherming biedt.*
- 4. Voor zover dit Handvest grondrechten erkent zoals die voortvloeien uit de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben, moeten die rechten in overeenstemming met die tradities worden uitgelegd.*
- 5. Aan de bepalingen van dit Handvest die beginselen bevatten, kan uitvoering worden gegeven door wetgevings- en uitvoeringshandelingen van de instellingen, organen en instanties van de Unie en door handelingen van de lidstaten wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen, bij de uitoefening van hun respectieve bevoegdheden. De rechterlijke bevoegdheid ten aanzien van die bepalingen blijft beperkt tot de uitlegging van genoemde handelingen en de toetsing van de wettigheid ervan.*
- 6. Met de nationale wetgevingen en praktijken moet ten volle rekening worden gehouden, zoals bepaald in dit Handvest.*
- 7. De toelichting, die is opgesteld om richting te geven aan de uitlegging van dit Handvest van de grondrechten, wordt door de rechterlijke instanties van de Unie en van de lidstaten naar behoren in acht genomen.”*

Uit dit artikel 52, van het Handvest volgt eerst een algemene clausule die toelaat dat beperkingen worden gesteld aan de erkende rechten en vrijheden, in zoverre deze bij wet zijn voorzien, noodzakelijk en proportioneel zijn, tenzij het absolute rechten en vrijheden betreffen.

Verder blijkt duidelijk dat het Handvest een draagwijdte heeft die minstens dezelfde is als de draagwijdte van het EVRM. Volgens de toelichting bij het Handvest wordt de inhoud en reikwijdte van de gewaarborgde rechten en vrijheden niet enkel bepaald door de tekst van het EVRM, alsook de eraan gehechte protocollen, maar ook door de rechtspraak van het EHRM en het Hof van Justitie.<sup>1148</sup> Dit betekent dat de inhoud en reikwijdte die aan het EVRM wordt toegekend door het geheel van de rechtspraak van het EHRM, zoals in Hoofdstuk 1 van Deel 1., uiteengezet en geanalyseerd, in beginsel mee in rekening moet worden gebracht bij het uitvoeren van het Unierecht. Verder stelt de toelichting dat het door het Handvest geboden beschermingsniveau in ieder geval nooit lager mag zijn dan het niveau dat door het EVRM wordt gewaarborgd. RENEMAN merkt terecht op dat het EVRM enkel een minimumnorm vormt voor de interpretatie van het Handvest.<sup>1149</sup>

---

<sup>1148</sup> Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten, toelichting ad artikel 52, *Pb.C.* 14 december 2007, afl. 303, 33.

<sup>1149</sup> M. RENEMAN, “Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: mogelijke betekenis voor het vreemdelingenrecht”, *A&MR* 2010, 236.

Artikel 53 van het Handvest preciseert verder wat betreft het beschermingsniveau dat:

*“Geen van de bepalingen van dit Handvest mag worden uitgelegd als zou zij een beperking vormen van of afbreuk doen aan de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden welke binnen hun respectieve toepassingsgebieden worden erkend door het recht van de Unie, het internationaal recht en de internationale overeenkomsten waarbij de Unie of alle lidstaten partij zijn, met name het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, alsmede door de grondwetten van de lidstaten.”*

In het kader van de bijkomende bescherming voor vreemdelingen betekent dit bijvoorbeeld dat de rechten van het Handvest niet beperkter mogen worden uitgelegd dan het VN Vluchtelingenverdrag, het VN-Protocol Mensenhandel of het Mensenhandelsverdrag van de Raad van Europa. Artikel 53 van het Handvest kan aldus worden opgevat als een soort algemene standstill clause die garandeert dat minstens het huidige niveau van bescherming verleend door nationaal constitutioneel recht, Unierecht en internationaal recht blijft behouden.

Daarentegen laat artikel 52, lid 3, van het Handvest uitdrukkelijk toe dat het Unierecht een ruimere bescherming waarborgt dan het EVRM. Het vaststellen van hogere EU standaarden is dus mogelijk. Een voorbeeld daarvan is artikel 24 van het Handvest dat de rechten van het kind beschermt en geen evenknie kent in het EVRM, hoewel het beginsel van het belang van het kind aan boord wordt genomen in de rechtspraak van het EHRM inzake artikel 8 EVRM. Andere voorbeelden zijn artikelen 41, 47 en 48 van het Handvest die een ruimere draagwijdte kennen dan artikelen 6 en 13 EVRM, en waardoor een heel aantal procedurele waarborgen ook van toepassing zijn op asiel- en immigratiezaken. Ook artikel 1 van het Handvest dat het recht op menselijke waardigheid garandeert, kent geen gelijkaardige bepaling in het EVRM, tenzij impliciet via de rechtspraak van het EHRM inzake artikel 3 EVRM.

480. Door het Unierecht, en met name de EU-asiel- en immigratiewetgeving, eveneens te beoordelen vanuit een mensenrechtelijk perspectief, waakt het Hof van Justitie op cruciale wijze over de compatibiliteit tussen de EU-asiel- en immigratiewetgeving, enerzijds, en de bescherming van de mensenrechten, anderzijds.

481. Het is binnen het hierboven geschetste beleids- en wetgevend kader inzake asiel en immigratie én de mensenrechtenbescherming, dat de Europese Unie ook een verantwoordelijkheid tot de bescherming van vreemdelingen op het EU-grondgebied heeft opgenomen.<sup>1150</sup> Dit Hoofdstuk 2 van Deel 1 wil nagaan aan welke concrete beschermingsnoden de EU-asiel- en immigratieregelgeving tegemoet komt, wat de inhoud is van de verleende bescherming en hoe deze bescherming toegankelijk wordt gemaakt.

---

<sup>1150</sup> Een meer omvattend begrip van bescherming wordt eveneens toegepast buiten het grondgebied van de EU-lidstaten en dit in het kader van de externe dimensie van het EU-asiel- en migratiebeleid en de zgn. 'Totaalaanpak van migratie en mobiliteit'. Zie meer hierover in de inleiding.

## Afdeling 1. Unierechtelijke standaarden inzake externe bescherming

482. De EU biedt in grote mate bescherming aan vreemdelingen die omwille van omstandigheden naar hun land van herkomst niet kunnen terugkeren. In het gemeenschappelijk Europees asielstelsel wordt eerder het begrip ‘internationale bescherming’ gehanteerd om deze nood aan bescherming te duiden. Internationale bescherming, zoals gedefinieerd in de relevante richtlijnen, betreft niet enkel de ‘vluchtelingenstatus’ maar ook de bijkomende of aanvullende bescherming die is gekend onder de noemer van ‘subsidiare bescherming’.<sup>1151</sup> In het Unierecht bestaat er ook nog een andere vorm van bijkomende bescherming tegen omstandigheden in het land van herkomst, met name de ‘tijdelijke beschermingsstatus’.

Zowel de vluchtelingenstatus, de subsidiaire beschermingsstatus en de tijdelijke bescherming zijn EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten, in die zin dat kwalificatiecriteria werden bepaald alsook dat de verlening van de beschermingsstatus wordt gekoppeld aan een verblijfsstatuut en socio-economische rechten. De procedurele toegang tot subsidiaire en tijdelijke bescherming is, in tegenstelling tot de vluchtelingenstatus, evenwel nog niet geregeld op Unierechtelijk niveau.

Voor die gevallen die niet vallen onder het toepassingsgebied van voornoemde EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten blijft het non-refoulementbeginsel, dat heden onlosmakelijk deel uitmaakt van het EU-acquis, onverkort gelden. De bescherming tegen refoulement gaat voor deze gevallen evenwel niet gepaard met een volwaardige beschermingsstatus.

---

<sup>1151</sup> Zie art. 2 (a) Richtl. 2004/83/EG van 29 april 2004 inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchteling of als persoon die anderszins internationale bescherming behoeft, en de inhoud van de verleende bescherming, *Pb.L.* 30 september 2004, afl. 304, 12, alsook art. 2 (a) Richtl. 2011/95/EU van 13 december 2011 inzake normen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchteling of als persoon die anderszins internationale bescherming behoeft, en de inhoud van de verleende bescherming (herschikking), *Pb.L.* 20 december 2011, afl. 337, 13.

## **§ 1. De tijdelijke bescherming**

483. Als eerste bouwsteen van het gemeenschappelijk Europees asielstelsel, gaf Richtlijn 2001/55/EG van 20 juli 2001 betreffende minimumnormen voor het verlenen van tijdelijke bescherming in geval van massale toestroom van ontheemden, aangenomen op basis van artikel 63, lid 2, onder a) en b), VEG (hierna: Richtlijn Tijdelijke Bescherming), een eerste aanzet tot de uitwerking van een gemeenschappelijk asielbeleid, als wezenlijk aspect van de doelstelling van een Europese ruimte van vrijheid, veiligheid en recht die openstaat voor diegenen die onder druk van de omstandigheden op wettige wijze bescherming in de Europese Unie trachten te verkrijgen.<sup>1152</sup>

484. Deze richtlijn is het gevolg van conclusies die werden getrokken uit de ‘chaotische’ reacties van lidstaten op de crisissituatie die was ontstaan door de vluchtelingenstroom uit Kosovo. De Europese Unie werd toen geconfronteerd met een enorme verplaatsing van bevolkingsgroepen die het conflict in het voormalige Joegoslavië ontvluchtten. Volgens de Europese Commissie waren deze gedwongen verplaatsingen van bevolkingsgroepen, kwantitatief noch kwalitatief, vergelijkbaar met eerdere vluchtelingenstromen.<sup>1153</sup> Als reactie hierop namen lidstaten op autonome wijze speciale maatregelen om de besluitvorming omtrent de tijdelijke toelating te versnellen, zodat onmiddellijke bescherming alsook duidelijk afgebakende rechten konden worden verleend. De bedoeling was tevens om overbelasting van de asieloverheden en verstopping van de asielprocedures tegen te gaan, wat in het nadeel zou kunnen zijn van bijvoorbeeld andere vreemdelingen die de vluchtelingenstatus vragen. De toegekende bescherming werd opgevat als een tijdelijke bescherming, nl. beperkt tot een afgebakende en korte periode waarin de situatie in het land van herkomst het voor de betrokken individuen onmogelijk maakt terug te keren onder omstandigheden die hun veiligheid en waardigheid voldoende waarborgen.<sup>1154</sup> Het ging dus om een *ad hoc* bescherming die los van de vluchtelingenstatus werd toegekend, via *ad hoc* opgezette aparte procedures. Dit werd door anderen bekritiseerd als een middel om verplichtingen onder het VN-Vluchtelingenverdrag te omzeilen of zelfs om de toepassing ervan te verhinderen. De Europese Commissie ondervond dat het conceptueel en juridisch kader omtrent de tijdelijke bescherming aanzienlijk verschilde van lidstaat tot lidstaat, en eveneens waren er grote verschillen omtrent de duur van de verleende verblijfstitel, de toekenning van sociale rechten en andere voordelen, het recht om te werken of rechten inzake gezinshereniging, enz.<sup>1155</sup>

485. Om deze verschillen tussen de lidstaten weg te werken alsook om te voorkomen dat *ad hoc* regelingen inzake de tijdelijke bescherming werden misbruikt of arbitrair werden aangewend, achtte de Raad het nodig, in het licht van de rechtszekerheid, om tussen de lidstaten overeenstemming te bereiken over de tijdelijke bescherming van ontheemden op basis van solidariteit.

---

<sup>1152</sup> Voor een uitgebreide studie zie K. FRANSSEN, *Tijdelijke bescherming van asielzoekers in de EU*, Nijmegen, Boom Juridische Uitgevers, 2011, 459 p.

<sup>1153</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende minimumnormen voor het verlenen van tijdelijke bescherming in geval van massale toestroom van ontheemden en maatregelen ter bevordering van een evenwicht tussen de inspanningen van de lidstaten voor de opvang en het dragen van de consequenties van de opvang van deze personen, 24 mei 2000, COM(2000) 303 definitief, 3 e.v.

<sup>1154</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende minimumnormen voor het verlenen van tijdelijke bescherming in geval van massale toestroom van ontheemden en maatregelen ter bevordering van een evenwicht tussen de inspanningen van de lidstaten voor de opvang en het dragen van de consequenties van de opvang van deze personen, 24 mei 2000, COM(2000) 303 definitief, 4.

<sup>1155</sup> *Ibid.*

486. Uit het oorspronkelijk voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn inzake de tijdelijke bescherming, blijkt duidelijk dat tijdelijke bescherming geen ‘derde’ vorm van bescherming is, naast de vluchtelingenstatus en de subsidiaire beschermingsstatus. Dit zou anders de internationale verplichtingen van lidstaten ondermijnen en afbreuk doen aan de poging tot harmonisatie en consolidatie van de vormen van subsidiaire bescherming in Europa. Het moet bijgevolg worden beschouwd als een ‘interim’-bescherming. De tijdelijke bescherming is eerder een uitzonderlijk maar onmiddellijk beschermingsinstrument dat lidstaten dient te helpen wanneer ze worden geconfronteerd met een massale toestroom van ontheemden en de gevolgen alsook de druk ervan op het asielstelsel. In een dergelijke situatie is het onontbeerlijk dat de betrokken personen onmiddellijk bescherming kunnen krijgen wanneer zich een acute nood voordoet, zonder dat het asielstelsel wordt overrompeld. Daarom combineert de richtlijn een aantal minimumnormen inzake een afzonderlijke en tijdelijke bescherming, die afhankelijk is van een mechanisme dat de tijdelijke bescherming in werking laat treden met maatregelen die een evenwicht tussen de inspanningen van de lidstaten inzake opvang, gebaseerd op solidariteit moeten garanderen.<sup>1156</sup> De richtlijn is daarmee een hulpmiddel ten dienste van een gemeenschappelijk Europees asielbeleid: het zorgt er met name voor dat dit stelsel in geval van massale toestroom goed functioneert en niet instort, terwijl het de integriteit van het VN-Vluchtelingenverdrag verzekert<sup>1157</sup>, aldus de Europese Commissie.<sup>1158</sup>

#### A. Werkingssfeer

487. De richtlijn is van toepassing op een situatie van ‘massale toestroom’ of een ‘imminente massale toestroom’ van personen die op eigen initiatief hun land of regio van oorsprong hebben verlaten of met hulp, bijvoorbeeld wanneer ze geëvacueerd zijn als gevolg van een verzoek van internationale organisaties.<sup>1159</sup> Het is niet de bedoeling dat de richtlijn enkel wordt toegepast wanneer het risico bestaat dat het asielsysteem deze toestroom niet kan verwerken zonder negatieve gevolgen voor de efficiënte werking ervan.<sup>1160</sup> Het mechanisme van tijdelijke bescherming mag niet afhangen van het functioneringsgebrek in een asielstelsel. Van belang voor het instellen van het tijdelijk beschermingsmechanisme is de ‘massale toestroom’. In het Commissievoorstel wordt gesteld dat de notie ‘massale toestroom’ aan de hand van drie punten kan worden omschreven:

*“Allereerst moet de toestroom vanuit een zelfde land of een zelfde geografisch gebied plaatsvinden. De conjuncturele en cumulatieve toestroom van asielzoekers uit verschillende landen vormt dus niet de massale toestroom op grond waarvan de tijdelijke bescherming in werking wordt gesteld die het onderwerp van deze richtlijn is. Vervolgens vormt de*

<sup>1156</sup> Deze maatregelen ter bevordering van een evenwicht tussen de inspanning van lidstaten inzake opvang, worden in dit proefschrift niet verder besproken.

<sup>1157</sup> Zie overweging nr. 10 Preambule Richtl. 2001/55/EG waar wordt benadrukt dat tijdelijke bescherming verenigbaar is met internationale verplichtingen van lidstaten inzake de rechten van vluchtelingen. Zij mag geen invloed hebben op de erkenning van de vluchtelingenstatus in de zin van het VN-Vluchtelingenverdrag.

<sup>1158</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende minimumnormen voor het verlenen van tijdelijke bescherming in geval van massale toestroom van ontheemden en maatregelen ter bevordering van een evenwicht tussen de inspanningen van de lidstaten voor de opvang en het dragen van de consequenties van de opvang van deze personen, 24 mei 2000, COM(2000) 303 definitief, 3.

<sup>1159</sup> Art. 2 (a) en (d) Richtl. 2001/55/EG. Over het begrip “massale toestroom” en mogelijke interpretatie criteria, zie N. ARENAS, “The Concept of ‘Mass influx of Displaced Persons’ in the European Directive Establishing the Temporary Protection System”, *EJML* 2005, 435-450.

<sup>1160</sup> Art. 2 (a) Richtl. 2001/55/EG. In het Commissievoorstel werd eerst wel gesteld dat het tijdelijk beschermingsmechanisme een uitzonderlijke maatregel was die geworden moest worden indien er een risico dat het asielstelsel de toevloed niet zou aan kunnen. Het was de bedoeling om de asielstelsel van een schadelijk disfunctioneren te vrijwaren. Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende minimumnormen voor het verlenen van tijdelijke bescherming in geval van massale toestroom van ontheemden en maatregelen ter bevordering van een evenwicht tussen de inspanningen van de lidstaten voor de opvang en het dragen van de consequenties van de opvang van deze personen, 24 mei 2000, COM(2000) 303 definitief, 16. Dit kon niet op instemming rekenen van een aantal lidstaten, zie K. KERBER, “The Temporary Protection Directive”, *EJML* 2002, 195.

*geleidelijke binnenkomst van asielzoekers, vluchtelingen of ontheemden uit hun land of gebied van herkomst op zichzelf geen rechtvaardiging voor de inwerkingstelling van deze tijdelijke bescherming. Op een gegeven moment kan de toestroom, die geleidelijk op gang kwam, echter zo sterk worden dat er sprake is van een massale toestroom en dat het normale asielstelsel de stroom niet meer kan verwerken. Ten slotte kan het grote aantal personen dat voor een massale toestroom noodzakelijk is, niet van tevoren getalsmatig worden gedefinieerd. Het is aan de Raad te besluiten of er sprake is van een massale toestroom.”*<sup>1161</sup>

488. Immers, de tijdelijke bescherming kan enkel worden toegepast wanneer de Raad bij een besluit met gekwalificeerde meerderheid de massale toestroom van ontheemden vaststelt. Dit gebeurt op een voorstel van de Europese Commissie dat o.m. de volgende elementen omvat: een omschrijving van de specifieke groepen personen waarop de tijdelijke bescherming van toepassing is, de datum waarop de regeling inzake de tijdelijke bescherming ingaat en een raming van de omvang van de verplaatsingen van ontheemden. De Raad dient zijn besluit te baseren op een onderzoek van de situatie en de omvang van de verplaatsingen van de ontheemden, een beoordeling van de wenselijkheid om tijdelijke bescherming in werking te stellen waarbij rekening wordt gehouden met de mogelijkheid van spoedhulp en maatregelen ter plaatse of de ontoereikendheid ervan, alsook de informatie van lidstaten (bijvoorbeeld over hun opvangcapaciteit), de Europese Commissie, UNHCR en andere relevante internationale organisaties.<sup>1162</sup> Dit besluit is in alle lidstaten bindend ten aanzien van de in dat besluit bedoelde ontheemden, maar lidstaten kunnen andere categorieën van ontheemden dan diegene die onder het besluit van de Raad vallen, tijdelijke bescherming krachtens deze richtlijn bieden wanneer deze vreemdelingen om dezelfde redenen ontheemd zijn en uit hetzelfde land of dezelfde regio van oorsprong komen.<sup>1163</sup> De Europese Commissie en de Raad dienen hiervan onmiddellijk in kennis te worden gesteld.

489. Eens een regeling inzake tijdelijke bescherming wordt vastgesteld door een besluit van de Raad, duurt deze tijdelijke bescherming één jaar. Ze kan automatisch worden verlengd met telkens zes maanden voor maximaal één jaar. Indien er aanleiding blijft om tijdelijke bescherming te verlenen, kan de Raad met gekwalificeerde meerderheid besluiten om de tijdelijke bescherming voor een derde jaar te verlengen.<sup>1164</sup> De tijdelijke bescherming wordt beëindigd wanneer de maximale duur is bereikt of wanneer de Raad bij besluit vaststelt dat de situatie in het land van oorsprong een veilige en duurzame terugkeer mogelijk maakt.<sup>1165</sup>

490. Tijdelijke bescherming betreft ontheemden wier terugkeer onder veilige en duurzame omstandigheden onmogelijk is gezien de situatie in het land van herkomst en die eventueel vallen onder toepassing van het VN-Vluchtelingenverdrag of andere internationale of nationale instrumenten van internationale bescherming.<sup>1166</sup> In het bijzonder is de richtlijn van toepassing op ontheemden die (1) uit een door een gewapend conflict of inheems geweld getroffen gebieden hebben moeten vluchten; (2) ernstig gevaar lopen om slachtoffer te worden, of dit zijn geweest, van een systematische of algemene schending van de mensenrechten.<sup>1167</sup>

---

<sup>1161</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende minimumnormen voor het verlenen van tijdelijke bescherming in geval van massale toestroom van ontheemden en maatregelen ter bevordering van een evenwicht tussen de inspanningen van de lidstaten voor de opvang en het dragen van de consequenties van de opvang van deze personen, 24 mei 2000, COM(2000) 303 definitief, 16-17.

<sup>1162</sup> Art. 5 Richtl. 2001/55/EG.

<sup>1163</sup> Art. 7 Richtl. 2001/55/EG.

<sup>1164</sup> Art. 4, leden 1 en 2, Richtl. 2001/55/EG.

<sup>1165</sup> Art. 6 Richtl. 2001/55/EG.

<sup>1166</sup> Art. 2 (c) Richtl. 2001/55/EG.

<sup>1167</sup> Art. 2 (c) Richtl. 2001/55/EG.



491. De suggestie van het Europees Economisch en Sociaal Comité om ook vreemdelingen ontheemd door natuurrampen onder de werkingssfeer van de richtlijn te brengen werd niet aanvaard.<sup>1168</sup> Desalniettemin is de omschrijving van ‘ontheemden’ zeer breed, maar tegelijkertijd ook weer beperkt, zoals VANHEULE opmerkt.<sup>1169</sup> Het gaat immers om een vorm van categoriale bescherming waarbij de groep van ontheemden die aanspraak kan maken op tijdelijke bescherming geïdentificeerd moet zijn en vastgesteld bij een besluit van de Raad.

492. De richtlijn benadrukt dat tijdelijke bescherming een procedure met een uitzonderlijk karakter is die in het geval van een bijzonder grote toestroom van ontheemden, onmiddellijke en tijdelijke bescherming wil verlenen.<sup>1170</sup> De tijdelijke bescherming mag daarom niet vooruitlopen op de erkenning van de vluchtelingenstatus en moet worden toegepast met inachtneming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden alsook de verplichtingen van lidstaten inzake het verbod tot verwijdering.<sup>1171</sup>

De richtlijn is niet van toepassing op personen die vóór de inwerkingtreding van deze richtlijn in het kader van regelingen inzake tijdelijke bescherming zijn opgevangen.<sup>1172</sup> Uit een gecombineerde lezing van de Richtlijn Tijdelijke Bescherming met andere bepalingen van EU-asielwetgeving, leidt PEERS af dat lidstaten niet langer meer nieuwe nationale tijdelijke beschermingsprogramma's mogen hanteren.<sup>1173</sup>

### B. De inhoud van de verleende bescherming

493. De aangeboden bescherming is noodzakelijkerwijs van een beperkte duur maar moet een billijk en adequaat beschermingsniveau aanbieden.<sup>1174</sup> In het oorspronkelijke Commissievoorstel werd een relatief hoge graad van bescherming en niveau van opvang voorzien. De materiële rechten die in het Commissievoorstel werden opgenomen waren nagenoeg dezelfde als de materiële rechten voorzien voor vluchtelingen. Volgens de Europese Commissie werd dit gemotiveerd vanuit de grote kans dat er zich onder degenen die voor tijdelijke bescherming in aanmerking komen, vluchtelingen bevinden in de zin van het VN-Vluchtelingenverdrag. De bescherming en opvang konden daarom, volgens de Commissie, niet veel lager zijn dan de rechten die dat Verdrag toekent. Bovendien moesten aantrekkelijke materiële rechten, onder meer m.b.t. de ongehinderde toegang tot de arbeidsmarkt, ervoor zorgen dat tijdelijke bescherming wordt verkozen boven het doorlopen van de asielprocedure.<sup>1175</sup> Daarmee zou eveneens worden voorkomen dat het nationale asielstelsel in geval van een massale toestroom bij wijze van spreken ‘verstopt’ zou geraakten. De voorgestelde materiële rechten werden in de loop van de onderhandelingen in de Raad evenwel afgezwakt.<sup>1176</sup>

---

<sup>1168</sup> Zie K. KERBER, “The Temporary Protection Directive”, *EJML* 2002, 196.

<sup>1169</sup> D. VANHEULE, “Internationale bescherming in de Vreemdelingenwet: asiel en meer”, in D. VANHEULE, M.-C. FOBLETS en M. MAES, *Migratie- en migrantenrecht, Dertig jaar Vreemdelingenwet, deel 14*, Brugge, die Keure, 2011, 447.

<sup>1170</sup> Art. 2 (a) Richtl. 2001/55/EG.

<sup>1171</sup> Art. 3, leden 1 en 2, Richtl. 2001/55/EG.

<sup>1172</sup> Art. 3, lid 5, Richtl. 2001/55/EG.

<sup>1173</sup> S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, supra noot 1110, 342.

<sup>1174</sup> Zie overwegingen nrs. 13, 15 en 16 Preambule Richtl. 2001/55/EG. Inzake de behandeling van de begunstigen van tijdelijke bescherming zijn de lidstaten gebonden aan verplichtingen uit hoofde van de internationale mensenrechteninstrumenten die discriminatie verbieden.

<sup>1175</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende minimumnormen voor het verlenen van tijdelijke bescherming in geval van massale toestroom van ontheemden en maatregelen ter bevordering van een evenwicht tussen de inspanningen van de lidstaten voor de opvang en het dragen van de consequenties van de opvang van deze personen, 24 mei 2000, COM(2000) 303 definitief, 9.

<sup>1176</sup> Zie hierover K. FRANSSEN, *Tijdelijke bescherming van asielzoekers in de EU*, Nijmegen, Boom Juridische Uitgevers, 2011, 231 e.v.

494. Lidstaten moeten verblijfstitels en visa uitreiken voor de volledige duur van de tijdelijke bescherming;<sup>1177</sup> ze nemen personen die tijdelijke bescherming op hun grondgebied genieten terug indien deze personen zonder toestemming op het grondgebied van een andere lidstaat verblijven of daar trachten binnen te komen.<sup>1178</sup> De lidstaten mogen evenwel verklaren dat deze bepaling niet van toepassing is. De lidstaten verstrekken de nodige informatie aan de begunstigden over de tijdelijke bescherming<sup>1179</sup> en registreren de persoonsgegevens van de personen die tijdelijke bescherming op hun grondgebied genieten om een effectieve toepassing van het beschermingsmechanisme mogelijk te maken.<sup>1180</sup>

495. Wat betreft de toegang tot werk in loondienst of als zelfstandige, zijn de lidstaten verplicht om de begunstigden van tijdelijke bescherming toegang te verschaffen tot werk in loondienst of als zelfstandige, alsook te laten deelnemen aan volwassenonderwijs, een beroepsopleiding en praktische werkervaring. Ze mogen echter, om redenen van arbeidsmarktbeleid, voorrang geven aan EU-burgers of onderdanen uit de EER, alsook aan derdelanders die legaal verblijven en een werkloosheidsuitkering ontvangen. Het gemene recht van kracht in de lidstaten inzake bezoldiging, de toegang tot de sociale zekerheidsstelsels en andere arbeidsvoorwaarden zijn van toepassing.<sup>1181</sup>

496. De lidstaten dienen er tevens voor te zorgen dat de begunstigden van de tijdelijke bescherming een fatsoenlijk onderkomen krijgen of middelen ter hunner beschikking stellen om huisvesting te vinden. Daarnaast dienen de begunstigden de nodige hulp te ontvangen inzake sociale bijstand en levensonderhoud indien ze over onvoldoende middelen beschikken, maar dit hoeft niet noodzakelijk financiële hulp te betreffen.<sup>1182</sup> Er wordt rekening gehouden met de mogelijkheid die de begunstigden hebben om in hun eigen levensonderhoud te voorzien, bijvoorbeeld wanneer ze werken. De toegang tot medische zorg wordt verzekerd, tenminste wat betreft spoedeisende behandelingen en de essentiële behandeling van ziekten. Voor begunstigden met bijzondere behoeften, zoals NBM's en personen die ernstige vormen van geestelijk, fysiek of seksueel geweld hebben ondergaan, wordt de nodige medische of andere hulp voorzien.<sup>1183</sup>

497. Minderjarige begunstigden hebben recht op toegang tot onderwijs onder dezelfde omstandigheden als de nationale onderdanen van de lidstaat, hoewel de lidstaten de toegang kunnen beperken tot het openbaar onderwijs. Aan meerderjarige begunstigden kan toegang worden geboden tot het algemeen onderwijs.<sup>1184</sup> Niet-begeleide minderjarigen dienen te worden verzekerd van vertegenwoordiging en worden tijdens de duur van de tijdelijke bescherming geplaatst, hetzij bij meerderjarige verwanten, in een pleeggezin, in opvangcentra met speciale voorzieningen voor NBM's of bij de persoon die het kind tijdens de vlucht onder zijn hoede had.<sup>1185</sup>

498. Er is geen uitdrukkelijk recht op gezinshereniging voorzien in de richtlijn. Omwille van de tijdelijkheid van de bescherming, vallen begunstigden van tijdelijke bescherming ook niet onder de werkingssfeer van de Richtlijn 2003/86/EG inzake het recht op gezinshereniging (hierna: Gezinsherenigingsrichtlijn ).<sup>1186</sup> Er wordt een onderscheid gemaakt tussen het

---

<sup>1177</sup> Art. 8 Richtl. 2001/55/EG.

<sup>1178</sup> Art. 11 Richtl. 2001/55/EG.

<sup>1179</sup> Art. 9 Richtl. 2001/55/EG.

<sup>1180</sup> Art. 10 Richtl. 2001/55/EG.

<sup>1181</sup> Art. 12 Richtl. 2001/55/EG.

<sup>1182</sup> K. KERBER, "The Temporary Protection Directive", *EJML* 2002, 204.

<sup>1183</sup> Art. 13 Richtl. 2001/55/EG.

<sup>1184</sup> Art. 14 Richtl. 2001/55/EG.

<sup>1185</sup> Art. 16 Richtl. 2001/55/EG.

<sup>1186</sup> Art. 3, 2 (b) Richtl. Raad 2003/86/EG, 22 september 2003 inzake het recht op gezinshereniging, *Pb.L.* 3 oktober 2003, afl. 251, 12 e.v.

kerngezin van de begunstigde en de ruimere familie, maar in beide gevallen moet het gaan om een gezin of familie die reeds gevormd was in het land van herkomst. Tot het kerngezin behoren de echtgenoot of niet-gehuwde partner van de gezinshereniger, alsook de minderjarige ongehuwde kinderen van de gezinshereniger of zijn echtgenoot of partner. De ruimere familie betreft andere naaste familieleden die met het gezin hebben samengewoond in het land van herkomst tijdens de gebeurtenissen die tot de massale toestroom hebben geleid en die op dat tijdstip volledig of grotendeels afhankelijk waren van de gezinshereniger.

Er wordt vervolgens een onderscheid gemaakt tussen twee situaties: in de eerste situatie werden de gezins- of familieleden van elkaar gescheiden omwille van omstandigheden verbonden met de massale toestroom en genieten ze in verschillende lidstaten bescherming; in de tweede situatie geniet de gezinshereniger reeds bescherming in een lidstaat en de andere gezins- of familieleden bevinden zich nog niet in een lidstaat.

499. In de eerste situatie worden de leden van het kerngezin door de lidstaten herenigd, waarbij ze rekening houden met de wensen van het gezin, maar de hereniging vindt enkel plaats wanneer de lidstaten overtuigd zijn dat het leden vormen van het kerngezin. De familieleden daarentegen kunnen door de lidstaten worden herenigd, mits zij overtuigd zijn dat ze inderdaad familieleden zijn, waarbij per geval rekening wordt gehouden met de schrijnende situatie waarin zij bij niet-hereniging verkeren.

In de tweede situatie gelden dezelfde regels, maar de gezins- en familieleden dienen wel in nood van bescherming te zijn. Er wordt rekening gehouden met de belangen van het kind en het zijn de lidstaten die beslissen in welke lidstaat de hereniging plaatsvindt. De herenigde gezins- en familieleden worden in het bezit gesteld van een verblijfsvergunning. De tijdelijke bescherming die elders werd genoten, komt bij het overbrengen naar een andere lidstaat te vervallen. Hoewel de richtlijn dit niet uitdrukkelijk stelt, kan men aannemen dat de tijdelijke bescherming, inclusief de toegang tot socio-economische rechten, vervolgens wordt genoten in de lidstaat van hereniging.<sup>1187</sup>

500. Lidstaten zijn verplicht het bovengenoemd minimumniveau aan materiële rechten aan te bieden. De richtlijn laat toe, omwille van de aard van de minimumnormen, dat lidstaten het recht hebben om voor personen die tijdelijke bescherming genieten, gunstiger voorwaarden vast te stellen en te handhaven en bijgevolg meer gunstige materiële rechten te verlenen.<sup>1188</sup>

501. De tijdelijke bescherming kan door de lidstaten worden geweigerd indien er ernstige redenen zijn om aan te nemen dat de betrokken vreemdeling een oorlogsmisdrijf of een misdrijf tegen de vrede of de menselijkheid heeft gepleegd; een ernstig niet-politiek misdrijf heeft begaan alvorens tot de lidstaat te worden toegelaten of daden heeft gesteld in strijd met de doelstellingen en beginselen van de Verenigde Naties. De betrokken vreemdeling wordt ook uitgesloten wanneer redelijke gronden bestaan om hem als een gevaar voor de veiligheid van de lidstaat van ontvangst te beschouwen, of als de betrokkene ingevolge een definitieve veroordeling voor een bijzonder ernstig misdrijf een gevaar vormt voor de samenleving van de lidstaat van ontvangst. De redenen voor uitsluiting mogen enkel gegrond zijn op het persoonlijk gedrag van de betrokkene en de beslissing tot uitsluiting moet proportioneel zijn.<sup>1189</sup>

---

<sup>1187</sup> Art. 15 Richtl. 2001/55/EG.

<sup>1188</sup> Overweging nr. 12 Preambule en art. 3, lid 4, Richtl. 2001/55/EG.

<sup>1189</sup> Art. 28 Richtl. 2001/55/EG.

502. Omwille van de tijdelijkheid van de bescherming is Richtlijn 2003/109/EG van de Raad van 25 november 2003 betreffende de status van langdurig ingezetenen van derde landen<sup>1190</sup> niet van toepassing.<sup>1191</sup>

503. Wanneer de tijdelijke bescherming eindigt, is het algemene recht inzake de bescherming, binnenkomst en het verblijf van de vreemdelingen in de lidstaten van toepassing, onverminderd een aantal specifieke bepalingen uit de richtlijn.<sup>1192</sup> Onder het 'algemene recht' moet wellicht worden verstaan de verwijzing naar het nationaal recht evenals het relevant Unierecht, zoals de Uniewetgeving inzake asiel en terugkeer. De richtlijn voorziet geen gecoördineerd terugkeerprogramma voor lidstaten, maar legt de nadruk en prioriteit op de vrijwillige terugkeer die door de lidstaten moet worden vergemakkelijkt en waarbij de menselijke waardigheid wordt geëerbiedigd.<sup>1193</sup> De lidstaten moeten verzekeren dat de betrokkenen hun besluit tot terugkeer nemen met kennis van zaken, m.a.w. kennis van de situatie in het land van herkomst. Daartoe kunnen verkennende bezoeken worden ondernomen. De lidstaten kunnen voor personen die tijdelijke bescherming genoten en die vallen onder vrijwillige terugkeerprogramma's, een verlenging toestaan om persoonlijke redenen van de verplichtingen inzake de inhoud van de verleende bescherming.

504. Indien de tijdelijke bescherming nog niet is beëindigd, maar betrokkenen reeds hun recht op vrijwillige terugkeer hebben uitgeoefend, dan nemen de lidstaten met welwillendheid de verzoeken tot terugkeer naar de lidstaat van opvang in behandeling, op grond van de in het land van oorsprong heersende omstandigheden.

505. Wanneer lidstaten besluiten tot gedwongen terugkeer van personen van wie de tijdelijke bescherming is beëindigd en die niet in aanmerking komen voor toelating op het grondgebied (bijvoorbeeld op basis van een andere verblijfsstatus), dan dienen zij de gedwongen terugkeer met eerbiediging voor de menselijke waardigheid te laten verlopen. De lidstaten dienen te onderzoeken of er dwingende redenen van humanitaire aard zijn die de terugkeer in welomschreven gevallen onmogelijk of onredelijk zouden kunnen maken.<sup>1194</sup> Van belang zullen hier tevens de bepalingen zijn inzake Richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, die later worden besproken.<sup>1195</sup> In het Commissievoorstel werd verwezen naar redenen zoals aanhoudende gewapende conflicten of ernstige schendingen van de mensenrechten, het behoren van individuen tot een etnische of andere groep wat in sommige gevallen de terugkeer onrealistisch maakt, alsook het risico op foltering of onmenselijke behandeling.<sup>1196</sup>

Zo moeten de lidstaten ook de nodige maatregelen treffen met betrekking tot de verblijfsvoorwaarden voor personen die tijdelijke bescherming hebben genoten en voor wie het, gelet op hun gezondheidstoestand, niet verantwoord is om te reizen, bijvoorbeeld omdat

---

<sup>1190</sup> Richtl. Raad 2003/109/EG, 25 november 2003 betreffende de status van langdurig ingezetenen van derde landen, *Pb.L.* 23 januari 2004, afl. 16, 44.

<sup>1191</sup> Art. 3, lid 2 (b), Richtl. Parl en Raad 2011/51/EU, 11 mei 2011 tot wijziging van Richtlijn 2003/109/EG van de Raad teneinde haar werkingssfeer uit te breiden tot personen die internationale bescherming genieten, *Pb.L.* 19 mei 2011, afl. 132, 1.

<sup>1192</sup> Art. 20 Richtl. 2001/55/EG.

<sup>1193</sup> Art. 21 Richtl. 2001/55/EG.

<sup>1194</sup> Art. 22 Richtl. 2001/55/EG.

<sup>1195</sup> Richtl. Parl en Raad 2008/115/EG, 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, *Pb.L.* 24 december 2008, afl. 348, 98.

<sup>1196</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende minimumnormen voor het verlenen van tijdelijke bescherming in geval van massale toestroom van ontheemden en maatregelen ter bevordering van een evenwicht tussen de inspanningen van de lidstaten voor de opvang en het dragen van de consequenties van de opvang van deze personen, 24 mei 2000, COM(2000) 303 definitief, 24.

ze ernstige negatieve gevolgen zouden ondervinden als de behandeling onderbroken wordt. Deze personen worden voor de duur van deze situatie niet verwijderd. Het betreft personen die na afloop van de tijdelijke bescherming nog nood hebben aan medische behandeling, waarbij lidstaten de geschikte verblijfsvorm mogen kiezen. Het is evenwel niet uitgesloten, aldus de Europese Commissie, dat de behandeling in het land van oorsprong wordt voortgezet als dat de betrokkene niet schaadt.<sup>1197</sup> Daarnaast kunnen lidstaten toestaan dat gezinnen waarvan de minderjarige kinderen in een lidstaat schoolgaan, voor bepaalde verblijfsvoorwaarden in aanmerking kunnen komen, waardoor de betrokken kinderen de lopende schoolperiode kunnen afmaken.<sup>1198</sup>

### C. De toegang tot bescherming

506. De richtlijn voorziet geen specifieke procedure die de toegang tot tijdelijke bescherming verzekert. Tijdelijke bescherming valt voorts ook op bindende wijze niet onder de werkingssfeer van Richtlijn 2005/85/EG, dat minimumnormen neerlegt voor de procedures in de lidstaten voor de toekenning of intrekking van de vluchtelingenstatus (hierna: Asielprocedurerichtlijn 2005), aangezien dit enkel een individuele determinatieprocedure inzake de vluchtelingenstatus betreft.<sup>1199</sup>

507. Hoewel het een categoriale/groepsbescherming betreft, zullen lidstaten in de praktijk toch een procedure hanteren om te bepalen of eventuele verzoekers effectief in aanmerking komen voor de verlening van tijdelijke bescherming, maar hoe dat moet gebeuren wordt aan de soevereine bevoegdheid van lidstaten overgelaten. Wel voorziet de richtlijn dat betrokken personen die van het genot van een tijdelijke bescherming of gezinshereniging worden uitgesloten, een beroep kunnen instellen.<sup>1200</sup> De aard en waarborgen van het beroep worden niet verder gespecificeerd, noch is het duidelijk of deze bepaling slaat op elke situatie van uitsluiting voor eender welke reden, of enkel op situaties die betrekking hebben tot uitsluitingsgronden zoals in de richtlijn bepaald.<sup>1201</sup>

508. Voorts behandelt de richtlijn de verhouding tussen de tijdelijke bescherming en de vluchtelingenstatus. De verlening van de tijdelijke bescherming mag de toegang tot asiel niet verhinderen<sup>1202</sup> en dus moeten personen die tijdelijke bescherming genieten, te allen tijde een asielaanvraag kunnen indienen.<sup>1203</sup> Dit wil niet zeggen dat deze asielaanvragen onmiddellijk moeten worden behandeld.<sup>1204</sup> De behandeling van de asielaanvragen kan tijdens de tijdelijke bescherming worden geschorst,<sup>1205</sup> maar het onderzoek van een asielaanvraag die niet voor het einde van de periode van tijdelijke bescherming is behandeld, wordt na het verstrijken van die periode voltooid.<sup>1206</sup>

---

<sup>1197</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende minimumnormen voor het verlenen van tijdelijke bescherming in geval van massale toestroom van ontheemden en maatregelen ter bevordering van een evenwicht tussen de inspanningen van de lidstaten voor de opvang en het dragen van de consequenties van de opvang van deze personen, 24 mei 2000, COM(2000) 303 definitief, 25.

<sup>1198</sup> Art. 23 Richtl. 2001/55/EG.

<sup>1199</sup> Richtl. Raad 2005/85/EG, 1 december 2005 betreffende minimumnormen voor de procedures in de lidstaten voor de toekenning of intrekking van de vluchtelingenstatus, *Pb.L.* 13 december 2005, afl. 326, 13. Zie meer over de moeilijke onderhandelingen m.b.t. deze richtlijn in D. ACKERS, "The Negotiations on the Asylum Procedures Directive", *EJML* 2005, 1-33 en M. MICHELOGIANNAKI, "The Negotiations of Directive 2005/85/EC", in K. ZWAAN (ed.), *The Procedures Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2008, 21-26.

<sup>1200</sup> Art. 29 Richtl. 2001/55/EG.

<sup>1201</sup> K. KERBER, "The Temporary Protection Directive", *EJML* 2002, 213.

<sup>1202</sup> Zie overweging nr. 10 Preambule Richtl. 2001/55/EG.

<sup>1203</sup> Art. 17, lid 1, Richtl. 2001/55/EG.

<sup>1204</sup> K. KERBER, "The Temporary Protection Directive", *EJML* 2002, 207.

<sup>1205</sup> S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, *supra* noot 1110, 344.

<sup>1206</sup> Art. 17, lid 2, Richtl. 2001/55/EG.

De lidstaten kunnen ook bepalen dat de tijdelijke bescherming en het genot van de status van asielzoeker tijdens de behandeling van de aanvraag niet kunnen worden gecombineerd. Wanneer echter aan een persoon die voor tijdelijke bescherming in aanmerking komt of tijdelijke bescherming geniet, na afloop van de behandeling van de asielaanvraag niet de status van vluchteling of een andere vorm van bescherming wordt toegekend, dan moeten de lidstaten de tijdelijke bescherming voor de verdere duur van die bescherming verlenen.

509. Tot op heden werd door de Raad nooit gebruik gemaakt van het mechanisme inzake tijdelijke bescherming. De Europese Commissie heeft daartoe nooit een voorstel geformuleerd en volgens de Europese Commissie is de reden daarvoor: *“Sinds de Kosovo-vluchtelingencrisis van 1999 is de Unie niet met een massale toestroom van ontheemden geconfronteerd. De gebeurtenissen in het Middellandse Zeegebied van 2011 hebben niet tot een vergelijkbare stroom van personen naar de EU geleid.”*<sup>1207</sup> Nochtans werd tot een activering van de tijdelijke bescherming opgeroepen door diverse internationale en Europese instanties in 2011 als antwoord op de vluchtelingenstroom uit Libië.<sup>1208</sup> Niettemin stelt de Europese Commissie dat het bij een massale toestroom van ontheemden altijd zal overwegen om het mechanisme van de Richtlijn Tijdelijke Bescherming te activeren, indien aan de voorwaarden is voldaan.<sup>1209</sup>

De Europese Commissie heeft ook geen voorstel ingediend tot een herschikking van de Richtlijn Tijdelijke Bescherming, met name in het kader van de voltooiing van het gemeenschappelijk Europees asielstelsel en de doelstelling van een gemeenschappelijk stelsel voor tijdelijke bescherming, zoals bepaald in artikel 78, lid 2, onder c) VWEU.

---

<sup>1207</sup> Europese Commissie, Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de regio's inzake de versterkte solidariteit binnen de EU op het gebied van asiel: Een EU-agenda voor een betere verdeling van verantwoordelijkheid en meer wederzijds vertrouwen, 2 december 2011, COM(2011) 835 definitief, 10.

<sup>1208</sup> Zie bijvoorbeeld UNHCR, Protection considerations with regard to people fleeing from Libya: UNHCR's recommendations, 29 maart 2011, <http://www.unhcr.org>.

<sup>1209</sup> Europese Commissie, Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de regio's inzake de versterkte solidariteit binnen de EU op het gebied van asiel: Een EU-agenda voor een betere verdeling van verantwoordelijkheid en meer wederzijds vertrouwen, 2 december 2011, COM(2011) 835 definitief, 10.

## **§ 2. Subsidiare bescherming**

510. Uit de preambule van de Kwalificatierichtlijn 2004<sup>1210</sup>, aangenomen op basis van artikel 63, eerste alinea, punt 1, onder c), punt 2, onder a) en punt 3, onder a) VEG, blijkt dat het hoofddoel van de richtlijn erin bestaat om in alle lidstaten een minimaal niveau aan bescherming te bieden aan personen die werkelijk bescherming behoeven omdat zij redelijkerwijze niet erop kunnen vertrouwen dat hun land van herkomst of het land van de gewone verblijfplaats deze bescherming verstrekt.<sup>1211</sup> De onderlinge aanpassing van bepalingen inzake de erkenning en de inhoud van de vluchtelingenstatus en de subsidiare bescherming dient ertoe bij te dragen dat de secundaire migratie van asielzoekers tussen de lidstaten beperkt wordt, voor zover deze migratie louter door verschillen in de wetgevingen wordt veroorzaakt.<sup>1212</sup> De Kwalificatierichtlijn 2004 legt daarom niet enkel gemeenschappelijke minimumnormen neer voor de erkenning en de inhoud van de vluchtelingenstatus, gebaseerd op het VN-Vluchtelingenverdrag. De richtlijn voorziet ook in minimumnormen voor de omschrijving en de inhoud van de subsidiare bescherming die de vluchtelingenbescherming moet *aanvullen*.<sup>1213</sup> Van belang is op te merken dat de Kwalificatierichtlijn 2004 toelaat dat lidstaten ter bepaling van wie als een voor subsidiare bescherming in aanmerking komend persoon wordt erkend en ter bepaling van de inhoud van de subsidiare bescherming, gunstiger normen vaststellen of handhaven indien die met deze richtlijn verenigbaar zijn.<sup>1214</sup>

Daarmee wordt bedoeld dat de subsidiare bescherming geen afbreuk mag doen aan de bescherming van vluchtelingen. Indien bescherming mogelijk is onder het VN-Vluchtelingenverdrag dan moet deze bij voorrang worden toegekend.<sup>1215</sup> In die zin functioneert subsidiare bescherming in welbepaalde gevallen als een veiligheidsnet voor die vreemdelingen die niet voldoen aan de vluchtelingendefinitie, maar die wel nood hebben aan bescherming tegen de omstandigheden in het land van herkomst.

511. De criteria voor subsidiare bescherming werden vastgelegd in overeenstemming met de internationale verplichtingen van de lidstaten die voortvloeien uit de instrumenten op het gebied van de mensenrechten, en met de bestaande praktijken in de lidstaten.<sup>1216</sup> In het oorspronkelijke Commissievoorstel werd verduidelijkt dat vooral het EVRM en de rechtspraak van het EHRM een wettelijk bindend kader vormden op het gebied van de subsidiare bescherming en dat deze richting gaven aan de wetgevende werkzaamheden van de Europese Commissie terzake. Bovendien bleek uit voorafgaande studies in opdracht van de Europese

---

<sup>1210</sup> Richtlijn 2004/83/EG van 29 april 2004 inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchteling of als persoon die anderszins internationale bescherming behoeft, en de inhoud van de verleende bescherming, *Pb.L.* 30 september 2004, afl. 304, 12. Zie voor een algemene bespreking van deze richtlijn H. STOREY, "EU Refugee Qualification Directive: a Brave New World", *IJRL* 2008, 1-49. Voor een toepassing van de richtlijn in de lidstaten zie K. ZWAAN, (ed.), *The Qualification Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2007, 164p.

<sup>1211</sup> Overweging nr. 8 Preambule Richtl. 2004/83/EG.

<sup>1212</sup> Overweging nr. 7 Preambule Richtl. 2004/83/EG.

<sup>1213</sup> Voor een grondige vergelijkende studie over subsidiare bescherming gebaseerd op nationale rapporten van de lidstaten van de EU, zie D. BOUTEILLET-PAQUET (ed), *Subsidiary Protection of Refugees in the European Union: complementing the Geneva Convention?*, Brussel, Bruylant, 2002, 883p.

<sup>1214</sup> Art. 3 Richtl. 2004/83/EG en Richtl. 2011/95/EU.

<sup>1215</sup> Zie de verduidelijkingen in Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende minimumnormen voor de erkenning en de status van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchtelingen of als personen die anderszins internationale bescherming behoeven, 12 september 2001, COM(2001) 510 definitief, 4 en 6.

<sup>1216</sup> Zie overwegingen nrs. 6, 7, 24 en 25 Preambule Richtl. 2004/83/EG. Zie over de verhouding tussen de mensenrechten en de subsidiare bescherming: R. PIOTROWICZ en C. VAN ECK, "Subsidiary Protection and Primary Rights", *Int'l & Comp. L.Q.* 2004, 107-138. Zie voor een kritische noot J. HATHAWAY, "What's in a Label?", *EJML* 2003, 1-21.

Commissie dat lidstaten deels naar aanleiding van de rechtspraak van het EHRM en de algemene beginselen van het internationaal humanitair recht, regelingen hadden getroffen inzake 'subsidiare' of 'aanvullende' bescherming. Het Commissievoorstel streefde ernaar de beste elementen van de verschillende stelsels van de lidstaten over te nemen. Het was niet de bedoeling om de werkingssfeer *rationae personae* van verplichtingen op het gebied van bescherming uit te breiden, wel om de bestaande internationale verplichtingen en nationale praktijken in de lidstaten te verduidelijken en in regels vast te leggen.<sup>1217</sup> Niettemin, hoewel er 12 van de 15 toenmalige lidstaten stelsels van subsidiaire bescherming hanteerden, waren er drie lidstaten die niet vertrouwd waren met dit concept, met name België, Ierland en het Verenigd Koninkrijk.<sup>1218</sup>

512. Omwille van een verdere noodzakelijke harmonisatie in het kader van het gemeenschappelijk Europees asielstelsel, werd de Kwalificatierichtlijn 2004 herschikt en vervangen door de Kwalificatierichtlijn 2011, aangenomen op basis van artikel 78, lid 2, onder a) en b), VWEU, die uiterlijk tegen 21 december 2013 door de lidstaten moest worden omgezet.<sup>1219</sup> Nadat de eerste fase van de opbouw van het gemeenschappelijk Europees asielstelsel is voltooid en gezien de verrichte evaluaties over de toepassing van de Kwalificatierichtlijn 2004, was het moment gekomen om de onderliggende beginselen van de Kwalificatierichtlijn 2004 te bevestigen en te streven naar een hoger harmonisatieniveau van de regels inzake de verlening en de inhoud van internationale bescherming op basis van hogere normen.<sup>1220</sup>

Het hoofddoel van deze nieuwe richtlijn is dan ook, enerzijds, te verzekeren dat de lidstaten gemeenschappelijke criteria toepassen voor de identificatie van personen die werkelijk bescherming behoeven en, anderzijds, ervoor te zorgen dat deze personen in alle lidstaten over bepaalde minimumvoordelen kunnen beschikken.<sup>1221</sup> De verdere onderlinge aanpassing van bepalingen inzake de erkenning en de inhoud van de vluchtelingenstatus en de subsidiaire bescherming dient ertoe bij te dragen dat de secundaire migratie van personen die om internationale bescherming verzoeken tussen de lidstaten beperkt wordt, voor zover deze migratie louter door verschillen in de wetgevingen wordt veroorzaakt.<sup>1222</sup>

#### A. Werkingssfeer

513. Een vreemdeling komt voor subsidiaire bescherming in aanmerking wanneer hij niet voor de vluchtelingenstatus in aanmerking komt, maar er ten aanzien van hem wel zwaarwegende gronden bestaan om aan te nemen dat, wanneer hij naar zijn land van herkomst zou terugkeren, een reëel risico zou lopen op ernstige schade.<sup>1223</sup> De bewijslast, m.n. het aantonen van 'zwaarwegende gronden om aan te nemen' dat een 'reëel risico' bestaat, weerspiegelt de bewijslast die het EHRM ook hanteert, bijvoorbeeld met betrekking tot de toepassing van

---

<sup>1217</sup> Zie de verduidelijkingen in Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende minimumnormen voor de erkenning en de status van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchtelingen of als personen die anderszins internationale bescherming behoeven, 12 september 2001, COM(2001) 510 definitief, 6.

<sup>1218</sup> Voor meer informatie over de achtergrond en aanleiding voor de EU-wetgeving inzake subsidiaire bescherming, zie J. McADAM, "The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime", *IJRL* 2005, 462-466.

<sup>1219</sup> Richtl. Parl en Raad 2011/95/EU, 13 december 2011 inzake normen voor de erkenning van onderdanen van derde landen of staatlozen als personen die internationale bescherming genieten, voor een uniforme status voor vluchtelingen of voor personen die in aanmerking komen voor subsidiaire bescherming, en voor de inhoud van de verleende bescherming, *Pb.L.* 20 december 2011, afl. 337, 9.

<sup>1220</sup> Overwegingen nrs. 7 en 10 Preamble Richtl. 2011/95/EG.

<sup>1221</sup> Overweging nr. 12 Preamble Richtl. 2011/95/EG.

<sup>1222</sup> Overweging nr. 13 Preamble Richtl. 2011/95/EG.

<sup>1223</sup> Art. 2 (e) Richtl. 2004/83/EG en art. 2 (f) Richtl. 2011/95/EU.



artikel 3 EVRM.<sup>1224</sup> Van belang is ook te benadrukken dat de Kwalificatierichtlijn enkel oog heeft voor de behandeling die een vreemdeling in zijn land van herkomst (of gewoonlijk verblijf) zal ondergaan. Het spreekt zich niet uit over eventuele behandelingen in een *derde land*.

514. Artikel 15 van de Kwalificatierichtlijn 2004 bepaalt dat ernstige schade kan bestaan uit (a) doodstraf of executie; (b) foltering of een onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing in het land van herkomst; of (c) een ernstige en individuele bedreiging van het leven of de persoon van een burger als gevolg van willekeurig geweld in het kader van een internationaal of binnenlands gewapend conflict.<sup>1225</sup> Deze bepaling bleef ongewijzigd in de Kwalificatierichtlijn 2011 en zal daarom voor verdere verduidelijking slechts worden aangeduid als ‘artikel 15 van de Kwalificatierichtlijn’.

#### a.) De eerste twee situaties van ‘ernstige schade’

515. De eerste twee situaties (a) (‘doodstraf of executie’) en (b) (‘foltering of een onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing in het land van herkomst’) van ernstige schade reflecteren de rechtspraak van het EHRM inzake de inherente non-refoulementbeginselen in artikelen 2 en 3 EVRM en de daarbij horende Protocolen nrs. 6 en 13; artikel 7 Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) en het daarbij horende Protocol nr. 2 alsook artikel 3 VN-Antifolterverdrag.

De toepassing ervan zal echter vrij beperkt zijn: het betreft enkel de schade die niet verbonden is met de vervolgingsgronden zoals gedefinieerd in de vluchtelingendefinitie. Bovendien is er geen mogelijkheid tot de toekenning van subsidiaire bescherming aan uitgesloten vluchtelingen in deze twee situaties van ernstige schade aangezien in bepaalde gevallen vreemdelingen ook uit de subsidiaire bescherming moeten worden uitgesloten (art. 17). Omdat de uitsluitingsgronden voor de subsidiaire bescherming ruimer zijn dan voor de vluchtelingenstatus, zal subsidiaire bescherming voor uitgesloten vluchtelingen geen terugvalpositie kunnen inhouden.<sup>1226</sup>

516. De lidstaten hebben al vroeg in de onderhandelingen omtrent de oorspronkelijke Kwalificatierichtlijn aangegeven dat het niet de bedoeling was om ook eerder ‘humanitaire’ situaties onder de werkingssfeer van de richtlijn te brengen. De preambule van de Kwalificatierichtlijn stelt dan ook: “Onderdanen van derde landen of staatlozen die op het grondgebied van de lidstaten mogen blijven om redenen die geen verband houden met een behoefte aan internationale bescherming, maar, op discretionaire basis, uit mededogen of op humanitaire gronden, vallen niet onder deze richtlijn.”<sup>1227</sup> Een verzoek om internationale bescherming wordt ook enkel begrepen als een verzoek van een vreemdeling om bescherming van een lidstaat die kennelijk de vluchtelingenstatus of de subsidiaire beschermingsstatus

---

<sup>1224</sup> EHRM 7 juli 1989, nr. 14038/88, *Soering v. Verenigd Koninkrijk*, par. 91. 91: “In sum, the decision by a Contracting State to extradite a fugitive may give rise to an issue under Article 3 (art. 3), and hence engage the responsibility of that State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if extradited, faces a real risk of being subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment in the requesting country.” Volgens McADAM verschilt deze bewijslast van de bewijslast voor vluchtelingen (‘gegronde vrees voor vervolging’) en valt het dus zwaarder uit: J. McADAM, “The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime”, *supra* noot 1218, 470-473. De “gegronde vrees”-test houdt zowel objectieve als subjectieve elementen in, terwijl de “zwaarwegende gronden”-test enkel het bestaan van objectieve omstandigheden betreft die de beslissingsoverheid toelaten aan te nemen dat er een reëel risico op ernstige schade in het land van herkomst.

<sup>1225</sup> Art. 15 Richtl. 2004/83/EG en Richtl. 2011/95/EU.

<sup>1226</sup> J. McADAM, “The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime”, *supra* noot 1218, 497.

<sup>1227</sup> Overweging nr. 9 preambule Richtl. 2004/83/EG en overweging nr. 15 preambule Richtl. 2011/95/EU.

wenst en niet uitdrukkelijk verzoekt om een andere, niet onder deze richtlijn vallende vorm van bescherming waar afzonderlijk om kan worden gevraagd.

Hoewel artikel 15 (b) Kwalificatierichtlijn een weerspiegeling is van artikel 3 EVRM, hebben lidstaten dan ook vanuit deze bezorgdheid getracht om de toepassing van dit non-refoulementbeginsel in de richtlijn te beperken. In artikel 15 (b) Kwalificatierichtlijn wordt daarom ook uitdrukkelijk vermeld dat het reëel risico op de ernstige schade in de vorm van foltering of een onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing van een verzoeker in het *land van herkomst* moet plaatsvinden. Dit lijkt een overbodige toevoeging omdat artikel 2 (e) reeds stipuleert dat subsidiaire bescherming die situatie betreft waar er zwaarwegende gronden zijn om aan te nemen dat wanneer een vreemdeling terugkeert naar zijn *land van herkomst*, hij een reëel risico zou lopen op ernstige schade.

De toevoeging in artikel 15 (b) wil, volgens de voorbereidende documenten uit de Raadsonderhandelingen, verduidelijken dat zgn. humanitaire gevallen niet onder deze bepaling vallen.<sup>1228</sup> Specifiek werd melding gemaakt van de zaak *D. v. Verenigd Koninkrijk*, waar het EHRM oordeelde dat humanitaire omstandigheden aanleiding kunnen geven tot een schending van artikel 3 EVRM in zeer uitzonderlijke omstandigheden, wanneer de humanitaire overwegingen die pleiten tegen verwijdering klemmend zijn.<sup>1229</sup> De lidstaten benadrukten dat in de bovenstaande zaak het Hof, enerzijds, had geoordeeld dat de omstandigheden in het land van terugkeer (bv. gebrek aan gezondheidszorg en sociale zorg) zelf geen schending uitmaakten van artikel 3 EVRM, en, anderzijds, oordeelde dat de verwijdering van een vreemdeling naar deze situatie, die in casu levensbedreigend was voor verzoeker, wel een schending uitmaakte van artikel 3 EVRM. In de voorbereidende documenten wordt ook uitdrukkelijk vermeld dat het nooit de bedoeling is geweest van lidstaten om humanitaire gronden mee te nemen in het subsidiaire beschermingssysteem van deze richtlijn.<sup>1230</sup>

In de zaak *Sufi en Elmi* verduidelijkte het EHRM dat het een onderscheid maakt tussen preciaire humanitaire omstandigheden die het gevolg zijn van handelingen of nalatigheden van actoren, enerzijds, en humanitaire omstandigheden die het gevolg zijn van factoren (bijvoorbeeld een ongeneeslijke ziekte en een gebrek aan voldoende overheidsmiddelen), anderzijds.<sup>1231</sup>

In die zin moet worden benadrukt dat de richtlijn de werkingssfeer van artikel 15 (b) bovendien beperkt tot foltering of een onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing die wordt gepleegd door actoren, zoals gedefinieerd in artikel 6 Kwalificatierichtlijn. Op basis van de werkingssfeer van de richtlijn (m.n. beperkt tot ernstige

---

<sup>1228</sup> Zie in deze zin ook H. BATTJES, *European Asylum Law and International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 237 en H. STOREY, "EU Refugee Qualification Directive: a Brave New World", *IJRL* 2008, 30 e.v.

<sup>1229</sup> EHRM 2 mei 1997, nr. 30240/96, *D. v. Verenigd Koninkrijk*. Zie ook EHRM 27 mei 2008, nr. 26565/05, *N. v. Verenigd Koninkrijk*.

<sup>1230</sup> Zie Council of the European Union, Presidency Note, Strategic Committee on Immigration, Frontiers and Asylum, 20 september 2002, nr. 12148/02, Asile 43: "Article 15, sub-paragraph (b): Sub-paragraph (b), which is generally supported by Member States, is based on the obligations of Member States laid down in Article 3 of the ECHR and the jurisprudence of the ECtHR. However, if sub-paragraph (b) was to fully include the jurisprudence of ECtHR relating to Article 3 of ECHR, cases based purely on compassionate grounds as was the case in *D versus UK* (1997), also known as the *Stt. Kitt's case*, would have to be included. In the *Stt. Kitt's case*, although the lack of access to a developed health system as well as lack of a social network in itself was not considered as torture or inhuman or degrading treatment, the expulsion to this situation, which would have been life threatening to the concerned person, was described as such. Consequently, to avoid the inclusion of such compassionate grounds cases under a subsidiary protection regime, which was never the intention of this Directive, the Presidency is suggesting to limit the scope of sub-paragraph (b) by stating that the real risk of torture or inhuman or degrading treatment or punishment must prevail in his or her country of origin", [www.europaanu.nl/id/vi7jgsthz8y0/proposal\\_for\\_a\\_council\\_directive\\_on](http://www.europaanu.nl/id/vi7jgsthz8y0/proposal_for_a_council_directive_on). Zie ook overweging nr. 9 Preamble Richtl. 2004/83/EG en overweging nr. 15 preamble Richtl. 2011/95/EU.

<sup>1231</sup> Zie EHRM 28 juni 2011, nr. 8319/07 en 11449/07, *Sufi en Elmi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 281 e.v.

schade veroorzaakt door *actoren*) en de rechtspraak van het EHRM, kan men stellen dat ernstig zieke vreemdelingen geen beroep kunnen doen op subsidiaire bescherming, in zoverre de ernstige schade enkel betrekking heeft op omstandigheden in het land van herkomst die door een samenspel van factoren worden gecreëerd die geen aanleiding geven tot een rechtstreekse of onrechtstreekse verantwoordelijkheid in hoofde van de overheden van dat land.<sup>1232</sup>

517. Deze redenering wordt bevestigd in de conclusies van advocaat-generaal Bot.<sup>1233</sup> Naar aanleiding van twee prejudiciële vragen, respectievelijk gesteld door het Belgische Grondwettelijk Hof en de arbeidsrechtbank van Brussel, moest de advocaat-generaal zich uitspreken over de vraag of een vreemdeling die lijdt aan een ernstige ziekte en die bij verwijdering naar zijn land van herkomst een reëel risico loopt om te worden blootgesteld aan een onmenselijke of vernederende behandeling wegens een gebrek aan adequate medische behandeling in dat land van herkomst, moet worden beschouwd als een persoon die voor de subsidiaire beschermingsstatus in aanmerking komt, in de zin van artikel 2, onder e, Kwalificatierichtlijn 2004. De advocaat-generaal beantwoordt deze vraag negatief. Hoewel in bepaalde gevallen, het lijden als gevolg van een ziekte als een onmenselijke of vernederende behandeling kan worden beschouwd, stelt de advocaat-generaal niettemin vast dat één van de essentiële criteria voor de toekenning van de subsidiaire bescherming ontbreekt, met name het identificeren van een actor die aan de oorsprong ligt van de ernstige schade en tegen wie een bescherming moet worden geboden.

Het systeem van internationale bescherming, zoals opgevat in de instrumenten van het Europees Gemeenschappelijk Asielstelsel, streeft niet enkel een bijzonder doel na maar stelt ook een specifiek beschermingsmechanisme in, waarbij twee essentiële elementen aan elkaar worden gekoppeld. Het eerste element betreft het bestaan van een risico op vervolging of ernstige schade waarvan de vreemdeling bij terugkeer naar zijn land van herkomst het slachtoffer zal zijn. Het tweede element betreft de rechtstreekse en onrechtstreekse verantwoordelijkheid van het land van herkomst voor het bestaan van dat risico. Internationale bescherming wordt enkel verleend voor zover de overheden van het land van herkomst geen bescherming waarborgen, hetzij omdat zij aan de oorsprong liggen van de vervolging of de ernstige schade, hetzij omdat zij vervolging of ernstige schade veroorzaakt door derden, zoals privé-milities, tolereren dan wel aanmoedigen. Deze twee elementen zijn bepalend voor de verlening van internationale bescherming.

Voor wat betreft subsidiaire bescherming, benadrukt de advocaat-generaal dat artikel 15 van de Kwalificatierichtlijn moet worden samengelezen met artikel 6 van dezelfde richtlijn. Artikel 15 bepaalt waaruit ernstige schade kan bestaan en veronderstelt volgens de advocaat-generaal een opzettelijke bedoeling om fysiek of geestelijk lijden te veroorzaken die getuigt van een bijzondere intensiteit. Artikel 6 definieert de actoren van ernstige schade. Hierdoor beperkt de Uniewetgever de draagwijdte van het begrip 'ernstige schade' tot die ernstige schade die wordt veroorzaakt door de actoren vermeld in artikel 6, met name de Staat; partijen of organisaties die de Staat of een aanzienlijk deel van zijn grondgebied beheersen; of niet-overheidsactoren, indien kan worden aangetoond dat de twee andere reeds vermeld actoren als bedoeld geen bescherming als kunnen of willen bieden tegen deze ernstige schade.

Om in aanmerking te komen voor subsidiaire bescherming volstaat het dus niet dat men aantoonst een reëel risico te lopen op onmenselijke of vernederende behandeling, men moet bovendien aantonen dat dit risico wordt veroorzaakt door de actoren vermeld in artikel 6.

---

<sup>1232</sup> Zie in de zin ook K. WOUTERS, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, Intersentia, Antwerp, 2009, 245, voetnoot 260: "Such situations are not covered by the EU Qualification Directive, Article 6 which requires a concrete actor of serious harm."

<sup>1233</sup> HvJ 17 juli 2014, conclusies van advocaat-generaal Bot in zaak nr. C-542/13, *M'Bodj*, par. 40-71 en HvJ 4 september 2014, conclusies van advocaat-generaal Bot in zaak nr. C-562/13, *Abida*, par. 63-91.

Een situatie waar een ernstig zieke vreemdeling bij gebrek aan een adequate medische behandeling in het land van herkomst, zal worden blootgesteld aan een onmenselijke of vernederende behandeling, kan aldus de advocaat-generaal, bij gebrek aan een rechtstreekse of onrechtstreekse verantwoordelijkheid van de overheden van dat land in het veroorzaken van deze ernstige schade, niet in aanmerking komen voor het verlenen subsidiaire bescherming.

518. Anderzijds, rekening houdend met de inhoud en reikwijdte van de rechtspraak van het EHRM, kan worden geargumenteed dat preciaire humanitaire omstandigheden die een niveau van hardheid bereiken waardoor artikel 3 EVRM wordt geschonden en die, al dan niet opzettelijk, worden veroorzaakt of gecreëerd door rechtstreekse of onrechtstreekse handelingen van actoren, wel onder het toepassingsgebied van artikel 15 (b) en dus de subsidiaire bescherming zouden kunnen vallen.<sup>1234</sup> Er kan worden gedacht aan de situatie die in de zaak *Sufi en Elmi* door het Hof werd veroordeeld<sup>1235</sup>, met name een ernstige humanitaire crisis die hoofdzakelijk is veroorzaakt door rechtstreekse en onrechtstreekse handelingen van de partijen in een gewapend conflict en die een situatie van ernstige ontbering tot gevolg heeft waardoor men niet in zijn elementaire levensbehoeften kan voorzien. Dit betekent dat in het kader van willekeurig geweld als gevolg van een gewapend conflict, de socio-economische of humanitaire gevolgen ervan derhalve eveneens in rekenschap dienen te worden gebracht.

519. Er moet worden opgemerkt dat artikel 15 Kwalificatierichtlijn geen verdere melding maakt van andere bepalingen uit het EVRM die aanleiding kunnen geven tot een verplichting van non-refoulement, zoals artikel 4 EVRM of artikel 6 EVRM. Het Commissievoorstel voorzag oorspronkelijk dat artikel 15 (b) ernstige schade definieerde als “*een voldoende ernstige schending van een mensenrecht om de internationale verplichtingen van een lidstaat in werking te doen treden.*”<sup>1236</sup> In de latere Raadsonderhandelingen werd deze bepaling gewijzigd en specifiek vernauwd tot een bepaling die de bewoordingen van artikel 3 EVRM herhaalt.

#### b.) De derde situatie van ‘ernstige schade’

520. De derde situatie (c) (‘ernstige en individuele bedreiging van het leven of de persoon van een burger als gevolg van willekeurig geweld in het kader van een internationaal of binnenlands gewapend conflict’) is de meeste vernieuwende beschermingssituatie die de Kwalificatierichtlijn aanbracht.

Het is moeilijk om een concrete (internationale) juridische bepaling te identificeren die aan de grondslag ligt van een beschermingsplicht in deze specifieke situatie van ernstige schade. In het Commissievoorstel werd verwezen naar de algemene beginselen van het internationaal humanitair recht<sup>1237</sup>, de (al dan niet *ad hoc*) beschermingspraktijken van lidstaten die daarop waren gebaseerd<sup>1238</sup>, en het toepassingsgebied in artikel 2 (c) van de Richtlijn Tijdelijke Bescherming. In de rechtsleer wordt erop gewezen dat deze beschermingssituatie ook

---

<sup>1234</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM, 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. Griekenland en België*.

<sup>1235</sup> EHRM 28 juni 2011, nr. 8319/07 en 11449/07, *Sufi en Elmi v. Verenigd Koninkrijk*.

<sup>1236</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende minimumnormen voor de erkenning en de status van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchtelingen of als personen die anderszins internationale bescherming behoeven, 12 september 2001, COM(2001) 510 definitief, 30.

<sup>1237</sup> Bijvoorbeeld het gemeenschappelijk artikel 3 van de Geneefse Conventies van 1949, het eerste aanvullende Protocol (bescherming van slachtoffers van internationale gewapende conflicten) en het tweede aanvullende Protocol (bescherming van slachtoffers van niet-internationale gewapende conflicten).

<sup>1238</sup> Zie bijvoorbeeld de studie van ECRE, *Complementary/subsidiary forms of protection in the EU States: an overview*, april 1999, <http://www.ecre.org>.

engagementen van de lidstaten weerspiegelt onder de Raad van Europa<sup>1239</sup> alsook de steun van de lidstaten voor de bescherming die UNHCR onder haar uitgebreid mandaat verleent aan de slachtoffers van willekeurig geweld.<sup>1240</sup> Als er dan geen concrete beschermingsplicht kon worden geïdentificeerd noch een duidelijke statenpraktijk, dan lijkt het dat er voor de Europese Commissie (en ook voor de lidstaten, aangezien de richtlijn werd aangenomen) er voldoende aanwijzingen waren voor een ‘wettelijke context’ om een verantwoordelijkheid tot bescherming op te nemen in een situatie van willekeurig geweld als gevolg van een internationaal of binnenlands gewapend conflict.<sup>1241</sup>

521. Het Hof van Justitie heeft in 2009 de mogelijkheid gehad om zich uit te spreken over de invulling van artikel 15 (c) Kwalificatierichtlijn, met name in de zaak *Elgafaji*.<sup>1242</sup> Het Hof herhaalde dat artikel 3 EVRM deel uitmaakt van de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht en er bij de uitlegging van de draagwijdte van dit recht in de communautaire rechtsorde rekening moet worden gehouden met de rechtspraak van het EHRM. Het Hof bevestigde dat artikel 15 (b) Kwalificatierichtlijn in wezen overeenstemt met artikel 3 EVRM. Artikel 15 (c) Kwalificatierichtlijn is echter “*een bepaling waarvan de inhoud verschilt van die van artikel 3 EVRM en waarvan de uitlegging dan ook autonoom moet geschieden, maar met eerbiediging van de grondrechten zoals deze door het EVRM worden gewaarborgd*” (ro. 28).

Vervolgens gaf het Hof een verduidelijking aan wat een interne tegenstrijdigheid lijkt te zijn in de formulering van artikel 15 (c) Kwalificatierichtlijn: enerzijds, is sprake van een ‘individuele bedreiging’ en, anderzijds, wordt verwezen naar ‘willekeurig geweld’. Eerder werd in de rechtsleer en door UNHCR de positie verdedigd dat het woord ‘individuele bedreiging’ niet kon betekenen dat de persoon aantoonde dat hij persoonlijk werd geviséerd in een situatie van willekeurig geweld, wat immers onlogisch zou zijn en geen zinvolle betekenis aan dit artikel zou geven.<sup>1243</sup>

Het Hof vergeleek de drie types van situaties die aanleiding kunnen geven tot ernstige schade. Volgens het Hof hebben artikel 15 (a) en (b) Kwalificatierichtlijn betrekking op situaties waarin degene die om subsidiaire bescherming verzoekt, *specifiek* wordt blootgesteld aan het risico op een bepaalde soort schade. Deze situaties veronderstellen een duidelijke mate van individualisering. Artikel 15 (c) heeft daarentegen betrekking op een *algemener* risico op schade. Het Hof baseert zich daarvoor op het feit dat artikel 15 (c) ruimer geformuleerd is, m.n. ‘een bedreiging van het leven of de persoon’ en niet slaat op bepaalde gewelddadigheden. Het gaat om een bedreiging die inherent is aan de algemene situatie van een ‘internationaal of binnenlands gewapend conflict’. Het geweld dat de oorzaak is van de bedreiging is bovendien ‘willekeurig’. Dit houdt in dat het geweld gericht kan zijn tegen personen ongeacht hun persoonlijke omstandigheden.

Het Hof oordeelt dat:

– omdat er sprake is van een ernstige en individuele bedreiging van het leven of de persoon van degene die om subsidiaire bescherming verzoekt, is het niet noodzakelijk dat deze

---

<sup>1239</sup> Raad van Europa, Aanbeveling R(2001) 18 van het Comité van Ministers aan lidstaten inzake subsidiaire bescherming, goedgekeurd op 27 november 2001.

<sup>1240</sup> Zie G. GOODWIN-GILL en J. McADAM, *The Refugee in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 327.

<sup>1241</sup> Zie die zin R. PIOTROWICZ en C. VAN ECK, “Subsidiary Protection and Primary Rights”, *Int'l & Comp. L.Q.* 2004, 136.

<sup>1242</sup> HvJ 17 februari 2009, nr. C-465/07, *Elgafaji*.

<sup>1243</sup> J. McADAM, “The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime”, supra noot 1218, 480-483; UNHCR, Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC, januari 2005, <http://www.unhcr.org>; UNHCR, Statement on Subsidiary Protection under the EC Qualification Directive for People Threatened by Indiscriminate Violence, januari 2008, <http://www.unhcr.org>.

persoon aantoont dat hij specifiek wordt gevisieerd om redenen die te maken hebben met zijn persoonlijke omstandigheden;

– bij wijze van uitzondering kan een dergelijke bedreiging worden geacht aanwezig te zijn wanneer de mate van willekeurig geweld in het aan de gang zijnde gewapende conflict, die wordt beoordeeld door de bevoegde nationale autoriteiten waarbij een verzoek om subsidiaire bescherming is ingediend of door de rechters van een lidstaat bij wie beroep is ingesteld tegen de afwijzing van een dergelijk verzoek, dermate hoog is dat er zwaarwegende gronden bestaan om aan te nemen dat een burger die terugkeert naar het betrokken land of, in voorkomend geval, naar het betrokken gebied, louter door zijn aanwezigheid aldaar een reëel risico op die bedreiging zou lopen.<sup>1244</sup>

522. Het sleutelement om ‘individuele bedreiging’ te verbinden met ‘willekeurig geweld’ is dus het niveau of de graad van het geweld. De bewijslast is volgens het Hof dan ook zo dat: *“Hoe meer de verzoeker eventueel het bewijs kan leveren dat hij specifiek wordt geraakt om redenen die te maken hebben met zijn persoonlijke omstandigheden, hoe lager de mate van willekeurig geweld zal zijn die vereist is opdat hij in aanmerking komt voor subsidiaire bescherming.”*<sup>1245</sup> Met andere woorden, de algemene situatie van willekeurig geweld, enerzijds, en de persoonlijke omstandigheden van de verzoeker, anderzijds, bewegen als communicerende vaten. Het is van belang te benadrukken dat het Hof spreekt over het bewijs dat de persoon specifiek wordt ‘geraakt’ [*affected*] en niet over ‘gevisieerd’ [*targeted*] om redenen die te maken hebben met zijn persoonlijke omstandigheden.

Hoe beperkter het willekeurig geweld, hoe groter de nood aan een individuele bedreiging en omgekeerd, hoe ernstiger het willekeurig geweld, hoe minder de nood aan het bewijs van een individuele bedreiging. Dit laatste is evenwel, volgens het Hof, een uitzonderlijke situatie. Gevaren waaraan de bevolking van een land of een deel van de bevolking in het algemeen is blootgesteld, vormen normaliter op zich geen individuele bedreiging die als ernstige schade kan worden aangemerkt.<sup>1246</sup> Niettemin, kan er zich volgens het Hof een uitzonderlijke situatie voordoen die wordt gekenmerkt door een dermate hoog risico dat er zwaarwegende gronden bestaan om aan te nemen dat die persoon individueel het betrokken risico zou lopen. In het kader van een individuele beoordeling kan rekening gehouden worden met de geografische omvang van de situatie van willekeurig geweld en de daadwerkelijke bestemming van de verzoeker wanneer hij naar het betrokken land terugkeert (bijvoorbeeld wat betreft een intern vluchtalternatief). Het feit dat de verzoeker uit zo’n welbepaalde plaats komt, kan in een uitzonderlijke situatie waarin het geweld dermate hoog is, genoeg zijn om het bestaan van een individuele bedreiging vast te stellen.

De vreemdeling kan echter omwille van zijn persoonlijke omstandigheden een verhoogd risico lopen, waardoor de mate van willekeurig geweld die vereist is, lager zal liggen. Kinderen, gehandicapte personen en bejaarden zijn voorbeelden van personen die omwille van hun persoonlijke omstandigheid een verhoogd risico lopen in situaties van willekeurig geweld. Ook blootstelling aan ernstige schade in het verleden is een persoonlijke omstandigheid die in rekening moet worden gebracht. Concreet betekent dit dat een algemene situatie van willekeurig geweld steeds ‘samen’ met de persoonlijke omstandigheden van de verzoeker moet worden bekeken.<sup>1247</sup>

---

<sup>1244</sup> HvJ 17 februari 2009, nr. C-465/07, *Elgafaji*, par. 45.

<sup>1245</sup> HvJ 17 februari 2009, nr. C-465/07, *Elgafaji*, par. 39.

<sup>1246</sup> Overweging 26 preambule Richtl. 2004/83/EG en overweging 35 preambule Richtl. 2011/95/EU.

<sup>1247</sup> Zie in deze zin R. ERRERA, “The CJEU and Subsidiary Protection: Reflections on *Elgafaji* – and After”, *IJRL* 2010, 105.

Met andere woorden, ‘individuele bedreiging’ betekent niet dat de vreemdeling specifiek gevisieerd wordt. Het betreft eerder een ‘situationeel’ risico dan een individueel risico, waarbij het niveau van het willekeurig geweld dat het gewapend conflict karakteriseert, het sleutelement zal zijn (en niet het bestaan van het gewapend conflict). De zaak verduidelijkt echter niet wanneer het willekeurig geweld een voldoende hoge intensiteit heeft bereikt, noch reikt het de concrete criteria aan om de intensiteit van het willekeurig geweld vast te stellen.

523. Hoewel het Hof van Justitie eerst de autonome uitlegging van artikel 15 (c) onderlijnde, bevestigde het Hof eveneens dat de uitlegging die wordt gegeven aan deze bepaling, volledig verenigbaar is met het EVRM en de rechtspraak van het EHRM.<sup>1248</sup>

In de rechtsleer<sup>1249</sup> en door de lidstaten<sup>1250</sup> werd oorspronkelijk geargumenteed dat artikel 15 (c) Kwalificatierichtlijn een ruimere werkingssfeer had dan artikel 3 EVRM. Het EHRM heeft echter ondertussen in de zaak *Sufi en Elmi v. Verenigd Koninkrijk* geoordeeld dat artikel 3 EVRM een bescherming biedt die vergelijkbaar is met de bescherming geboden onder de richtlijn.<sup>1251</sup> Ook het EHRM oordeelde dat, in uitzonderlijke omstandigheden, de terugkeer van een persoon naar zijn land van herkomst aanleiding geeft tot een schending van artikel 3 EVRM wanneer er sprake is van een situatie van algemeen geweld van zo’n intensiteit dat elke persoon die word teruggestuurd, zal worden blootgesteld aan een reëel risico op slechte behandeling louter door zijn aanwezigheid aldaar.<sup>1252</sup> Voor het EHRM is het duidelijk dat: “*the sole question (...) to consider in an expulsion case is whether, in all the circumstances of the case before it, substantial grounds have been show for believing that the person concerned, if returned, would face a real risk of being subjected to treatment contrary to article 3 of the Convention. If the existence of such risk is established, the applicant’s removal would necessarily breach Article 3, regardless of whether the risk emanates from a general situation of violence, a personal characteristic of the applicant, or a combination of the two.*”<sup>1253</sup> Ook hier geldt dus de vuistregel dat hoe ernstiger het geweld, hoe minder nood er is aan de individualisering van het reële risico.

524. In die zin wordt het moeilijker om vol te houden dat artikel 15 (c) een ruimere bescherming toekent dan artikel 3 EVRM, noch is het eenvoudiger geworden om een duidelijk onderscheid qua werkingssfeer te maken tussen deze twee bepalingen uit verschillende rechtsordes. Daarop rijst de vraag wat dan nog het verschil is tussen artikel 15 (b) (dat artikel 3 EVRM weerspiegelt) en artikel 15 (c)? Opdat artikel 15 (c) een *effet utile* zou behouden, is het nodig dat artikel 15 (c) een bescherming biedt tegen risico’s die niet worden gedekt door artikelen 15 (a) en (b).<sup>1254</sup> Anderzijds kan ook worden aangevoerd dat artikel 15 (b) op zich al een voldoende ruime juridische basis vormt om subsidiaire bescherming te verlenen in situaties van algemeen geweld. Bovendien beperkt artikel 15 (b) zich niet tot een situatie van willekeurig geweld in het kader van een gewapend conflict, noch is het beperkt tot willekeurig

---

<sup>1248</sup> HvJ 17 februari 2009, nr. C-465/07, *Elgafaji*, par. 44.

<sup>1249</sup> H. BATTJES *European Asylum Law and International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 230-240. H. LAMBERT en T. FARRELL, “The Changing Character of Armed Conflict and the Implications for Refugee Protection Jurisprudence”, *IJRL* 2010, 246.

<sup>1250</sup> Zie de argumenten van de VK-regering in EHRM 28 juni 2011, nr. 8319/07 en 11449/07, *Sufi en Elmi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 221-224.

<sup>1251</sup> EHRM 28 juni 2011, nr. 8319/07 en 11449/07, *Sufi en Elmi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 226. Het Hof hield voornamelijk rekening met de geografische omvang van het conflict, de willekeurigheid van het geweld en het aantal burgerslachtoffers (zie par. 241-250).

<sup>1252</sup> EHRM 28 juni 2011, nr. 8319/07 en 11449/07, *Sufi en Elmi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 226.

<sup>1253</sup> EHRM 28 juni 2011, nr. 8319/07 en 11449/07, *Sufi en Elmi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 218.

<sup>1254</sup> Zie in deze zin ook UNHCR, *Safe At Last? Law and Practice in Selected EU Member States with Respect to Asylum-Seekers Fleeing Indiscriminate Violence*, Brussel, UNHCR, juli 2011, 102.

geweld gericht tegen burgers. Daardoor lijkt het of artikel 15 (c) in wezen geen meerwaarde heeft.<sup>1255</sup>

Hoewel het Hof een welkome verduidelijking heeft gebracht in de toepassing van artikel 15 (c) en met name wat betreft de verhouding tussen ‘individueel’ en ‘willekeurig geweld’, blijven een aantal vragen m.b.t. verdere elementen uit deze bepaling onbeantwoord, zoals hieronder zal blijken.

525. Artikel 15 (c) Kwalificatierichtlijn is niet van toepassing op andere situaties van willekeurig geweld die niet plaatsvinden binnen het kader van een internationaal of binnenlands gewapend conflict. Oorspronkelijk was het de bedoeling dat de richtlijn eveneens van toepassing was op situaties waar bedreigingen van het leven, de veiligheid of de vrijheid zich kunnen voordien “*in het kader van een gewapend conflict of stelselmatige of algemene schendingen van mensenrechten*”.<sup>1256</sup> Omdat lidstaten verplicht zijn om (op groepsbasis) in zo’n situatie personen te beschermen die in het kader van een door de Raad erkende ‘massale toestroom’ aankomen (zie art. 2 (c) Richtlijn Tijdelijke bescherming), was het bijgevolg, aldus de Europese Commissie, ook logisch en passend dat ook met deze personen rekening wordt gehouden wanneer zij individueel aankomen en niet voldoen aan de voorwaarden om als vluchteling te worden erkend. Tijdens latere Raadsonderhandelingen werd duidelijk dat lidstaten niet warmlieden om dezelfde bescherming toe te kennen in het kader van een individuele determinatieprocedure en werd de verwijzing naar bedreigingen van het leven, de veiligheid of de vrijheid “*in het kader van een gewapend conflict of stelselmatige of algemene schendingen van mensenrechten*” dus geschrapt. Daardoor lijken situaties van inheems geweld, aanhoudende conflicten of opstanden, die van een onvoorspelbare duur zijn maar wel van een gewelddadige intensiteit, buiten de werkingssfeer van de richtlijn te vallen.

526. Het is daarom van belang om te weten wat er wordt bedoeld met ‘gewapend conflict’ en zeer zeker wat betreft ‘binnenlands gewapend conflict’. Wanneer kan een conflict als een internationaal of binnenlands gewapend conflict worden bestempeld? Aan welke vereisten moet worden voldaan?<sup>1257</sup> Moet de term ‘gewapend conflict’ worden uitgelegd in het licht van het internationaal humanitair recht en/of internationaal strafrecht,<sup>1258</sup> hoewel beiden *sui generis* rechtstakken zijn met een eigen werkingssfeer en doelstelling? Zijn het rechtsbronnen die als uitgangspunt/startpunt de interpretatie kunnen voeden, zonder ze te overheersen? Hoe moet het bestaan van een “gewapend conflict” worden beoordeeld? Veronderstelt een “gewapend conflict” steeds dat er minstens twee partijen betrokken zijn? Wat als er slechts één bron is van willekeurig geweld? Wat met de verwarrende rol van burgers als deelnemers in het conflict maar ook als slachtoffers?

In die zin werd in de rechtsleer al herhaaldelijk gewezen op het wijzigende karakter van gewapende conflicten in de wereld.<sup>1259</sup> Meer en meer is willekeurig geweld het gevolg van falende Staten, waar opstandelingen, milities maar ook criminele organisaties door de

---

<sup>1255</sup> Zie hierover J. MINK, “EU Asylum and Human Rights Protection: Revisiting the Principle of Non-Refoulement and the Prohibition of Torture and Other Forms of Ill-Treatment”, *EJML* 2012, 143-145.

<sup>1256</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende minimumnormen voor de erkenning en de status van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchtelingen of als personen die anderszins internationale bescherming behoeven, 12 september 2001, COM(2001) 510 definitief, 30.

<sup>1257</sup> Het Internationale Rode Kruis heeft getracht daarop een antwoord te formuleren, zie ICRC, “*How is the Term “Armed Conflict” Defined in International Humanitarian Law?*”, Opinion Paper, maart 2008, <http://www.icrc.org>. Zie ook de omschrijving die het Joegoslavië-tribunaal gaf in de zaak *Tadić*: ICTY 2 oktober 1995, IT-94-1, par. 70.

<sup>1258</sup> J. McADAM, “The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime”, *supra* noot 1218, 487-490.

<sup>1259</sup> Zie de zeer interessante analyse van H. LAMBERT en T. FARRELL, “The Changing Character of Armed Conflict and the Implications for Refugee Protection Jurisprudence”, *IJRL* 2010, 237-273, alsook V. TÜRK, “Protection gaps in Europe? Persons fleeing the indiscriminate effects of generalized violence”, presentatie 18 januari 2011, Brussel.



afbrokkeling van de rechtsstaat en ordehandhaving vrij spel krijgen. De motieven achter het geweld in deze nieuwe vormen van gewapende conflicten zijn niet meer steeds politiek, maar kunnen evengoed economisch zijn, zoals de controle om waardevolle natuurlijke rijkdommen.

LAMBERT en Farrell stellen: *“These new wars have been messy affairs involving a broad range of military actors, including insurgents, militias, and criminals, as well as state-based military forces. New wars are not waged for reasons of state but rather for a mix of motives involving greed and grievance: wars are fought to secure resources, and to avenge for perceived past wrongs. Moreover, these new wars are characterized by the blurring of the traditional boundaries of war in terms of space, time and participants. Where traditionally war was defined by state borders, within clearly defined states fighting to control territory, new wars are waged within and across state borders.”*<sup>1260</sup> De klassieke noties over gewapende conflicten, zoals gekend in het internationaal humanitair recht, zijn niet langer meer geschikte instrumenten om deze nieuwe vormen van gewapende conflicten te beoordelen.

527. Welke verschillende vormen van gewapend geweld kunnen dan in aanmerking worden genomen in het kader van subsidiaire bescherming? Betreft het enkel militair geweld in het kader van een gewapend conflict of moet rekening worden gehouden met alle soorten geweld, inclusief crimineel geweld, wanneer er een verband is met het gewapend conflict, bijvoorbeeld indien het crimineel geweld wordt veroorzaakt of vergemakkelijkt door het gewapend conflict?

Het Hof heeft zich over het begrip “binnenlands gewapend conflict” moeten uitspreken n.a.v. een prejudiciële vraag gesteld door de Belgische Raad van State.

In zijn voorafgaande conclusie analyseert advocaat-generaal Mengozzi, enerzijds, het voorwerp, doel en de middelen van het internationaal humanitair recht (hierna: IHR), inclusief het begrip ‘niet-internationaal gewapend conflict’ zoals bedoeld in het gemeenschappelijk artikel 3 van de vier Conventies van Genève van 12 augustus 1949; en, anderzijds, het voorwerp, doel en middelen van het subsidiaire beschermingsmechanisme. Hij stelt vast dat het voorwerp en de doelstelling van het IHR en van de subsidiaire bescherming zeer verschillend zijn. Grofweg kan worden gesteld dat het IHR tot doel heeft om de impact van een gewapend conflict op de betrokken bevolking te verminderen. De subsidiaire bescherming heeft dan weer tot doel om een vervangende bescherming te verlenen aan personen die de plaats hebben verlaten waar het gewapend conflict zich voordoet.<sup>1261</sup> Voorts wijst de advocaat-generaal erop dat in de Kwalificatierichtlijn geen enkele verwijzing staat naar het IHR.

Hieruit besluit de advocaat-generaal dat het begrip ‘binnenlands gewapend conflict’ in de Kwalificatierichtlijn autonoom moet worden geïnterpreteerd. Dit betekent dat artikel 15 (c) in combinatie met artikel 2 (e) zo moet worden geïnterpreteerd dat het bestaan van een ernstige en individuele bedreiging voor het leven of de persoon van een verzoeker om subsidiaire bescherming niet afhankelijk is van de voorwaarde dat de situatie in zijn land van herkomst kan worden gekwalificeerd als een niet-internationaal gewapend conflict in de zin van het IHR.

528. Vervolgens onderzoekt de advocaat-generaal aan de hand van welke criteria moet worden beoordeeld of sprake is van een binnenlands gewapend conflict, zoals bedoeld in artikel 15 (c) Kwalificatierichtlijn.

<sup>1260</sup> H. LAMBERT en T. FARRELL, “The Changing Character of Armed Conflict and the Implications for Refugee Protection Jurisprudence”, *IJRL* 2010, 257-258.

<sup>1261</sup> HvJ 18 juli 2013, conclusie van advocaat-generaal Mengozzi in zaak nr. C-285/12, *Diakité*, par. 17-80.

Om het bestaan van een nood aan bescherming in de zin van artikel 15 (c) te beoordelen, dienen de nationale overheden rekening te houden met alle relevante omstandigheden betreffende zowel het land van herkomst van de verzoeker op het ogenblik dat over het verzoek wordt beslist, als diens persoonlijke situatie. Een dergelijke beoordeling geval per geval, is volgens advocaat-generaal Mengozzi, de enige manier om te beoordelen of er een werkelijk behoefte aan bescherming bestaat en staat in de weg aan de vaststelling van criteria waaraan de situatie in het land van herkomst van de verzoeker noodzakelijkerwijze moet beantwoorden om onder het begrip “binnenlands gewapend conflict” van genoemd artikel 15 (c) te vallen.<sup>1262</sup>

In zijn conclusie wijst advocaat-generaal Mengozzi erop dat de begrippen “gewapend conflict” en “willekeurig geweld” nauw met elkaar verbonden zijn waarbij het laatstgenoemd begrip in wezen dient om eerstgenoemd begrip af te bakenen.<sup>1263</sup>

Hij benadrukt dat het beslissend element om het subsidiair beschermingsmechanisme te activeren in de zin van artikel 15 (c) Kwalificatierichtlijn, in samenlezing met artikel 2 (e), het risico is waaraan de verzoeker wordt blootgesteld omwille van een bestaande situatie van willekeurig geweld in zijn land van herkomst.<sup>1264</sup> Dit geldt in tegenstelling tot het IHR waar het bestaan van een gewapend conflict op zich de toepassing van het beschermingsregime bepaalt. Dit houdt in dat in de context van die bepalingen, het onderzoek naar de intensiteit van het geweld en naar het gevaar dat dit voor de verzoeker meebrengt, een centrale rol speelt, terwijl de vaststelling en beoordeling van de feiten die aan de oorsprong van dat geweld liggen, van minder belang zijn.

Volgens de advocaat-generaal kan het motief dat de situatie in het land van herkomst niet alle criteria vervult om als gewapend conflict te worden gedefinieerd in het internationaal humanitair recht of in het nationaal recht, geen afbreuk doen aan de toepassing van artikel 15 (c). Het feit dat het gewapend geweld eenzijdig wordt uitgeoefend, dat de strijdende partijen niet over de door het IHR geëiste organisatiegraad beschikken of geen controle over het grondgebied uitoefenen, dat de regeringsstrijdkrachten niet bij het conflict zijn betrokken, dat er geen „langdurige confrontatie” in de zin van het IHR, dat het conflict op zijn einde loopt of dat de situatie volgens het IHR onder de begrippen „interne onlusten” of „interne spanningen” valt, mag de toepassing van artikel 15 (c) niet automatisch uitsluiten. Al deze situaties moeten door artikel 15 (c) worden gedekt van zodra de graad van het willekeurig geweld het niveau heeft bereikt dat er een reëel risico bestaat voor het leven of de persoon van de verzoeker in geval van repatriëring.

Deze appreciatie dient volgens de advocaat-generaal te gebeuren in het kader van de verduidelijkingen die het Hof heeft gegeven in paragraaf 39 van de zaak *Elgafaji*, met name “hoe meer de verzoeker eventueel het bewijs kan leveren dat hij specifiek wordt geraakt om redenen die te maken hebben met zijn persoonlijke omstandigheden, hoe lager de mate van willekeurig geweld zal zijn die vereist is opdat hij in aanmerking komt voor subsidiaire bescherming.” Volgens de advocaat-generaal weerspiegelt de voorgestelde interpretatie de benadering die wordt gevolgd in de zaak *Elgafaji*, waarin het Hof een uitdrukkelijk en rechtstreeks verband heeft vastgesteld tussen het risico op ernstige schade waaraan een verzoeker wordt blootgesteld, enerzijds, en de graad van het willekeurig geweld dat het gewapend conflict karakteriseert, anderzijds. De advocaat-generaal besluit dan ook dat het bestaan van een ernstige en individuele bedreiging voor het leven of de persoon van de verzoeker ex nunc moet worden beoordeeld op grond van de mate van willekeurig geweld in het land van herkomst.

---

<sup>1262</sup> HvJ 18 juli 2013, conclusie van advocaat-generaal Mengozzi in zaak nr. C-285/12, *Diakité*, par. 86-87.

<sup>1263</sup> HvJ 18 juli 2013, conclusie van advocaat-generaal Mengozzi in zaak nr. C-285/12, *Diakité*, par. 89.

<sup>1264</sup> HvJ 18 juli 2013, conclusie van advocaat-generaal Mengozzi in zaak nr. C-285/12, *Diakité*, par. 90-94.

529. Het Hof bevestigt dat het begrip „binnenlands gewapend conflict” in het Unierecht autonoom moet worden opgevat ten opzichte van de definitie daarvan in het internationale humanitaire recht.<sup>1265</sup> Een dergelijk conflict moet worden aangenomen te bestaan wanneer de reguliere strijdkrachten van een Staat confrontaties aangaan met een of meer gewapende groeperingen of wanneer twee of meer gewapende groeperingen onderling strijden, aldus het Hof.

Het Hof, met verwijzing naar het arrest *Elgafaji*, wijst er niettemin op dat het bestaan van een binnenlands gewapend conflict slechts kan leiden tot toekenning van de subsidiaire bescherming voor zover de confrontaties tussen de reguliere strijdkrachten van een Staat en een of meer gewapende groeperingen of tussen twee of meer gewapende groeperingen bij wijze van uitzondering worden geacht een ernstige en individuele bedreiging van het leven of de persoon van de aanvrager van de subsidiaire bescherming teweeg te brengen. De ernstige en individuele bedreiging van het leven of de persoon wordt in dit kader veroorzaakt omdat de mate van willekeurig geweld, dat de gewapende confrontaties kenmerkt, dermate hoog is dat er zwaarwegende gronden bestaan om aan te nemen dat een burger die terugkeert naar het betrokken land of, in voorkomend geval, naar het betrokken gebied, louter door zijn aanwezigheid aldaar een reëel risico op die bedreiging zou lopen. Het Hof herhaalt dat hoe meer de verzoeker het bewijs kan leveren dat hij specifiek wordt geraakt om redenen die te maken hebben met zijn persoonlijke omstandigheden, hoe lager de mate van willekeurig geweld zal zijn die vereist is opdat hij in aanmerking komt voor subsidiaire bescherming. In die context hoeft bij het onderzoek van een verzoek om subsidiaire bescherming niet meer specifiek te worden beoordeeld hoe intens de confrontaties zijn teneinde, los van de beoordeling van de mate van geweld die eruit voortvloeit, te bepalen of is voldaan aan de voorwaarde dat er een gewapend conflict bestaat.

Het Hof besluit dan ook dat een binnenlands gewapend conflict voor de toepassing van de Kwalificatierichtlijn moet worden geacht te bestaan, wanneer de reguliere strijdkrachten van een Staat confrontaties aangaan met een of meer gewapende groeperingen of wanneer twee of meer gewapende groeperingen onderling strijden, waarbij het niet noodzakelijk is dat dit conflict kan worden aangemerkt als niet-internationaal gewapend conflict in de zin van het internationale humanitaire recht. Evenmin is het noodzakelijk om bijkomend een afzonderlijke beoordeling te maken van de intensiteit van de gewapende confrontaties, het organisatieniveau van de betrokken strijdkrachten of de duur van het conflict om te bepalen of er sprake is van een binnenlands gewapend conflict. Deze elementen kunnen wel worden meegenomen in de beoordeling van de mate van het geweld dat zich op het betrokken grondgebied voltrekt.

530. In de zaak *Elgafaji* sprak het Hof zich niet uit over de wijze van beoordeling van de mate van het willekeurig geweld, d.i. de intensiteit of het niveau ervan, wat als een lacune in de rechtspraak kan worden ervaren. De lidstaten kunnen zich eventueel wel inspireren op de criteria die het EHRM in de *Sufi en Elmi*-zaak gebruikte om de intensiteit van het geweld in Mogadishu te beoordelen, met name: (1) de vraag of de partijen in het conflict oorlogsmethoden en oorlogstactieken gebruiken die het risico op burgerslachtoffers verhogen of die opzettelijk burgers treffen; (2) de vraag of het gebruik van zulke methoden en/of tactieken wijdverspreid was bij de partijen in het conflict; (3) de vraag of de gevechten lokaal of wijdverspreid plaatsvonden; en (4) de vraag naar het aantal gedode, gewonde of ontheemde burgers als gevolg van de gevechten. Hoewel dit geen exhaustieve lijst van criteria is, is het interessant om te zien dat het Hof ook rekening hield met het aantal ontheemden als gevolg

---

<sup>1265</sup> HvJ 30 januari 2014, C-285/12, *Diakité*, par. 17-35.

van de gevechten, en ook oog had voor de precare leefomstandigheden in de kampen als gevolg van het gewapend conflict.

531. Eerder suggereerden LAMBERT en FARELL vier criteria om de intensiteit van het geweld een gewapend conflict te beoordelen, met name (1) het aantal doden ten gevolge van gevechten (de zgn. *'battle deaths'*), (2) het aantal burgerlijke slachtoffers, (3) het aantal ontheemden en (4) het falen van de Staat.<sup>1266</sup> LAMBERT En FARELL putten deze criteria uit het zgn. 'human security'-leerstuk. In dit leerstuk wordt het begrip 'veiligheid' verdiept en uitgebreid. 'Veiligheid' betreft dan niet enkel meer de veiligheid van Staten maar ook de veiligheid van personen. Ze stellen zelf voor om een enge materiële benadering te hanteren van de 'human security paradigm', waarbij men de fysieke overleving van personen als ondergrens hanteert van wat 'human security' uitmaakt.<sup>1267</sup> Naast de traditionele gevechtssdoden en burgerlijke slachtoffers, menen LAMBERT en FARELL dat het aantal ontheemden ook een relevante en goede indicator is van de intensiteit van een conflict. De mate waarin een Staat faalt in zijn functies en de mate waarin dit een weerslag heeft op duurzaam leven (zgn. *'sustainable living'*), met name wat betreft de toegang tot voedsel- en watervoorzieningen, alsook medische voorzieningen, is eveneens een goede indicator van de intensiteit van het geweld. Het is daarbij minder van belang of het falen van de Staat de oorzaak is van het gewapend conflict of, omgekeerd, dat het falen van de Staten het gevolg is van het gewapend conflict.<sup>1268</sup>

532. Kan er dan rekening worden gehouden met de indirecte gevolgen van het willekeurig geweld in het kader van een gewapend conflict? Wat wordt er in die zin dan bedoeld met de *"bedreiging van het leven of de persoon van een burger"*? Betreft dit enkel de fysieke integriteit van de burger, of kan het ook slaan op de morele integriteit, menswaardigheid en de vrijheid van de burger? Dit zou verduidelijken of men enkel rekening moet houden met fysieke bedreigingen en/of verwondingen, alsook met de negatieve gevolgen van het willekeurig geweld op de mentale gezondheid en op het sociaal weefsel van een samenleving. Willekeurig geweld kan immers ook op indirecte wijze slachtoffers veroorzaken, met name wanneer, door het falen van de Staat op alle niveaus, het moeilijk wordt om te overleven. Precare leefomstandigheden of humanitaire crisissen, met name beperkingen in de toegang tot de elementaire levensbehoeften, zoals voedsel, hygiëne en huisvesting, en gebrekkige medische voorzieningen veroorzaakt door het willekeurig geweld kunnen het aantal (onrechtstreekse) slachtoffers van een gewapend conflict aanzienlijk verhogen.<sup>1269</sup>

In de zaak *Sufi en Elmi* oordeelde het EHRM dat de ernstige humanitaire crisis in Somalië hoofdzakelijk veroorzaakt werd door de rechtstreekse en onrechtstreekse handelingen van de partijen in het gewapend conflict. Het gebruik van willekeurige oorlogsmethoden heeft geleid tot wijdverspreide volksverhuizingen, de ineenstorting van de sociale, politieke en economische structuren en de ineenstorting van de rechtsstaat. Het EHRM stelde vast dat hierdoor de mogelijkheid om te voorzien in de elementaire levensbehoeften, zoals voedsel, hygiëne en huisvesting, zeer beperkt was, met weinig vooruitzicht op een verbetering van de situatie binnen een redelijke termijn. Het terugsturen van een persoon naar zulke precare leefomstandigheden, maakte volgens het Hof een schending van artikel 3 EVRM uit.<sup>1270</sup> Met

---

<sup>1266</sup> H. LAMBERT en T. FARRELL, "The Changing Character of Armed Conflict and the Implications for Refugee Protection Jurisprudence", *IJRL* 2010, 260.

<sup>1267</sup> H. LAMBERT en T. FARRELL, "The Changing Character of Armed Conflict and the Implications for Refugee Protection Jurisprudence", *IJRL* 2010, 258 e.v.

<sup>1268</sup> H. LAMBERT en T. FARRELL, "The Changing Character of Armed Conflict and the Implications for Refugee Protection Jurisprudence", *IJRL* 2010, 264.

<sup>1269</sup> Zie T. FARELL en O. SCHMITT, "The Causes, Character and Conduct of Armed Conflict, and the Effects on Civilian Populations 1990-2010", *Legal and Protection Policy Research Series*, UNHCR, april 2012, PPLA, 2012/03, 44 p.

<sup>1270</sup> EHRM 28 juni 2011, nr. 8319/07 en 11449/07, *Sufi en Elmi v. Verenigd Koninkrijk*.

andere woorden, precare leefomstandigheden of humanitaire crisissen die het gevolg zijn van willekeurig geweld veroorzaakt door de actoren in het gewapend conflict, kunnen als ernstige schade onder de Kwalificatierichtlijn worden aangemerkt.

533. Indien lidstaten echter menen dat bescherming tegen precare leefomstandigheden niet kan worden verleend op basis van artikel 15 (c) Kwalificatierichtlijn (bijvoorbeeld omdat er geen voldoende verband zou zijn met het willekeurig geweld), dan biedt artikel 15 (b) wel een antwoord voor zulke situaties. Immers, de bescherming onder artikel 15 (b) is een weerspiegeling van de rechtspraak van het EHRM inzake artikel 3 EVRM. Artikel 15 (b) van de Kwalificatierichtlijn moet bovendien worden uitgelegd en toegepast in conformiteit met de artikelen 4 en 19, lid 2, van het Handvest, die artikel 3 EVRM weerspiegelen en artikel 1 van het Handvest dat uitdrukkelijk het recht op menselijke waardigheid garandeert. Daarbij kan worden teruggekoppeld naar de rechtspraak van het EHRM in *Sufi en Elmi* die stelt dat een vreemdeling niet mag worden blootgesteld aan een situatie in een land van herkomst waar een humanitaire crisis een dergelijk niveau van hardheid heeft bereikt dat een situatie van ernstige ontbering zich voordoet waardoor de menselijke waardigheid, beschermd door artikel 3 EVRM, wordt geschonden.

534. Net zoals bij de toepassing van de criteria voor de erkenning van de vluchtelingenstatus, werden in de lidstaten uiteenlopende interpretaties van artikel 15 Kwalificatierichtlijn 2004 vastgesteld, maar dan voornamelijk met betrekking tot bepaling (c) van dit artikel. Immers, het belang van bepalingen (a) en (b) onder artikel 15, is eerder marginaal aangezien deze bepalingen enkel kunnen worden toegepast wanneer de ernstige schade niet verbonden is met een vervolgingsgrond onder het VN-Vluchtelingenverdrag.<sup>1271</sup>

De uiteenlopende interpretaties situeren zich voornamelijk in de toepassing van artikel 15 (c) Kwalificatierichtlijn 2004.<sup>1272</sup> Dit heeft betrekking tot o.m. de elementen ‘individueel’, ‘burger’ of ‘gewapend conflict’, om een aantal voorbeelden te geven.<sup>1273</sup> De beoordelingen van lidstaten van het risico op ernstige schade door willekeurig geweld in landen van herkomst, lopen eveneens zeer uiteen. Dit heeft deels te maken met het feit dat de graad van de intensiteit van een gewapend conflict in de lidstaten ook verschillend wordt gemeten en vastgesteld. Sommige lidstaten beperken zich tot een mathematische berekening van het risico, door enkel te kijken naar het aantal doden, slachtoffers en veiligheidsincidenten. Andere lidstaten hanteren een meer holistische benadering en houden ook rekening met de algemene veiligheidssituatie en de directe en indirecte gevolgen ervan, zoals het aantal ontheemden en de impact van het geweld op de algemene humanitaire situatie, zoals de toegang tot medische voorzieningen, de voedselvoorziening, onderwijs, de leefomstandigheden, enz.

535. Voorts blijkt dat de lidstaten in de praktijk soms te vlug overgaan tot de toekenning van de subsidiaire bescherming onder artikel 15 (c) wegens het bestaan van willekeurig geweld, terwijl er binnen de context van het willekeurig geweld ook voldoende redenen (verbonden aan de vervolgingsgronden) voorhanden kunnen zijn om eerder de vluchtelingenstatus te erkennen. Het bestaan van willekeurig geweld of het feit dat dit geweld een grote groep

---

<sup>1271</sup> Zie de bevindingen van UNHCR in UNHCR, *Asylum in the European Union: A Study of the Implementation of the Qualification Directive*, Brussels, UNHCR, 2007, 69-71.

<sup>1272</sup> Zie voor een analyse van de toepassing van artikel 15 (c) in België, Frankrijk, Duitsland, Nederland, Zweden en het Verenigd Koninkrijk, alsook aanbevelingen: UNHCR, *Safe at Last? Law and Practice in Selected EU Member States with Respect to Asylum-Seekers Fleeing Indiscriminate Violence*, Brussel, UNHCR, juli 2011, 126 p.

<sup>1273</sup> UNHCR, *Asylum in the European Union: A Study of the Implementation of the Qualification Directive*, Brussels, UNHCR, 2007, 71-79 en Europese Commissie, Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad over de toepassing van de richtlijn 2004/83/EG van de Raad van 29 april 2004 inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchteling of als persoon die anderszins internationale bescherming behoeft, en de inhoud van de verleende bescherming, 16 juni 2010, COM(2010) 314 definitief, 9.

vluchtelingen of ontheemden op de been brengt, vormt immers geen hindernis voor de erkenning van de vluchtelingenstatus. Het VN-Vluchtelingenverdrag is immers niet enkel relevant voor personen die individueel en opzettelijk worden geviséerd. In oorlogsomstandigheden of bij willekeurig geweld kan een verband met een vervolgingsgrond aanwezig zijn: *“Once a person is subjected to a measure of such gravity that it can be considered ‘persecution’ and there is a connection to one of the Convention grounds, that person is at risk of being ‘persecuted’ in the sense of the Convention, irrespective of how many others are subjected to the same or similar measures.”*<sup>1274</sup> HATHAWAY herinnert eraan dat het VN-Vluchtelingenverdrag is opgesteld *“to protect persons within large groups whose fear of persecution is generalized, not merely those who are at risk of particularized violence”*.<sup>1275</sup>

In het Commissievoorstel werd verduidelijkt dat bij de beoordeling van de gegronde vrees voor vervolging het niet terzake doet of de verzoeker afkomstig is uit een land waarin een groot deel van de bevolking of de gehele bevolking blootstaat aan het gevaar van algemene onderdrukking.<sup>1276</sup> Deze verduidelijking verdween in de loop van de Raadsonderhandelingen, maar zou niettemin benadrukt moeten worden aangezien de primauteit van het VN-Vluchtelingenverdrag op de subsidiaire bescherming in de beoordeling van situaties van willekeurig geweld niet steeds wordt verzekerd door de lidstaten.

536. Ondanks de onduidelijkheid over de inhoud van een aantal elementen uit artikel 15, de uiteenlopende interpretaties en toepassingen ervan in de lidstaten, en de verschillende beoordelingen van de veiligheidssituatie in de landen van herkomst, achtte de Europese Commissie het niet opportuun om in het voorstel tot de herschikking van de Kwalificatierichtlijn 2004 artikel 15 te wijzigen.<sup>1277</sup> De Europese Commissie verantwoorde deze houding door te verwijzen naar de uitspraak van het HvJ in de zaak *Elgafaji*: *“Het Hof heeft bepaald onder welke voorwaarden een dergelijke bedreiging kan worden geacht aanwezig te zijn in het geval van een verzoeker die niet specifiek wordt geviséerd om redenen die te maken hebben met zijn persoonlijke omstandigheden, en heeft aangegeven hoe de mate van willekeurig geweld in het gewapende conflict kan worden gebruikt als criterium voor het beantwoorden van de vraag of al dan niet sprake is van een ernstige en individuele bedreiging. Daarbij heeft het Hof de logica, de structuur en de formulering van verschillende bepalingen van de richtlijn onderzocht en geconstateerd dat die alle zijn interpretatie ondersteunen en bevestigen. Daarenboven heeft het Hof geconcludeerd dat zijn interpretatie volledig strookt met het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en de rechtspraak van het EHRM met betrekking tot artikel 3. Omdat dit arrest de nodige interpretatierichtsnoeren geeft en de relevante bepalingen in overeenstemming met het EVRM zijn bevonden, wordt een wijziging van artikel 15, onder c), niet nodig geacht.”*<sup>1278</sup>

---

<sup>1274</sup> Zie K. WOUTERS, ‘Protecting People Fleeing Conflict and Generalized Violence. UNHCR’s Perspective’, presentation at the *Joint Council of Europe/UNHCR Colloquium on the Role of Regional Human Rights Courts in Interpreting and Enforcing Legal Standards for the Protection of Forcibly Displaced Persons*, 15 en 16 juni 2011, Straatsburg (tekst bij auteur).

<sup>1275</sup> J. HATHAWAY, *The Law of Refugee Status*, Toronto, Butterworths, 1991, 95.

<sup>1276</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende minimumnormen voor de erkenning en de status van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchtelingen of als personen die anderszins internationale bescherming behoeven, 12 september 2001, COM(2001) 510 definitief, 51.

<sup>1277</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als personen die internationale bescherming genieten, en de inhoud van de verleende bescherming (herschikking), 21 oktober 2009, COM(2009) 551 definitief.

<sup>1278</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als personen die internationale bescherming genieten, en de inhoud van de verleende bescherming (herschikking), 21 oktober 2009, COM(2009) 551 definitief, 6.

De Europese Commissie achtte het nuttiger om zich te concentreren op een verdere harmonisering van de bepalingen die gemeenschappelijk zijn aan de vluchtelingenstatus en de subsidiaire bescherming (bijvoorbeeld het binnenlands vluchtalternatief of de actoren van de bescherming) om zo de criteria inzake de twee beschermingsstatuten beter op elkaar af te stemmen. In de aangenomen Kwalificatierichtlijn 2011 is artikel 15 dan ook ongemoeid gelaten waardoor de bestaande (en toekomstige) rechtspraak van het Hof m.b.t. dit artikel onverkort blijft gelden.

537. Tenslotte dient er nog op gewezen te worden dat de Kwalificatierichtlijn 2011 nog steeds toelaat dat de lidstaten ter bepaling van wie voor subsidiaire bescherming in aanmerking komt en wordt erkend, meer gunstige bepalingen kunnen vaststellen of handhaven indien deze met de richtlijn verenigbaar zijn.<sup>1279</sup> Vreemdelingen die op het grondgebied van de lidstaten mogen blijven om redenen die geen verband houden met een behoefte aan internationale bescherming, maar wel op discretionaire basis, uit mededogen of op humanitaire gronden, vallen ook nu niet onder Kwalificatierichtlijn 2011.<sup>1280</sup> Een verzoek om internationale bescherming heeft dus geen betrekking op andere, niet onder deze richtlijn vallende vorm van bescherming, waar afzonderlijk om kan worden verzocht.<sup>1281</sup>

Voorts is het duidelijk dat de Europese Commissie rekent op meer harmonisatie en convergentie door praktische samenwerking tussen de lidstaten, al dan niet in het kader van het Europees Ondersteuningsbureau voor asielzaken, zodat asielbeslissingen onderling minder verschillen.<sup>1282</sup> Dit zou met name moeten gebeuren door het verzamelen, analyseren en rapporteren van informatie over de landen van herkomst (de zgn. '*country of origin information*' of COI).<sup>1283</sup>

538. Hoewel de EU-instellingen in het begin misschien vrij ambitieus waren, blijkt uit een lezing van de Kwalificatierichtlijn 2004, alsook Kwalificatierichtlijn 2011, en de huidige toepassing ervan in de praktijk van de lidstaten, dat de subsidiaire bescherming, zoals gedefinieerd in artikel 15 Kwalificatierichtlijn 2004 en 2011, zowel normatief als wat betreft de implementatie, niet alle situaties dekt waarin er nood is aan bescherming tegen omstandigheden in het land van herkomst.<sup>1284</sup>

### B. De inhoud van de verleende bescherming

539. Vreemdelingen die beantwoorden aan de relevante criteria, krijgen de subsidiaire beschermingsstatus toegekend.<sup>1285</sup> Ze worden in de eerste plaats beschermd tegen refoulement op basis van internationale verplichtingen terzake.<sup>1286</sup> Wat deze internationale verplichtingen juist zijn wordt niet verder verduidelijkt. Het is de vraag of deze bepaling ruimer mag worden begrepen dan het non-refoulementbeginsel dat voortvloeit uit artikel 3 EVRM, zoals verzekerd in artikelen 4 en 19, lid 2, van het Handvest. Slaat het bijvoorbeeld ook op andere bepalingen van het EVRM die aanleiding kunnen geven tot een verbod op

<sup>1279</sup> Art. 3 Richtl. 2011/95/EU. Zie ook overweging nr. 14 Preamble Richtl. 2011/95/EU.

<sup>1280</sup> Overweging nr. 15 Preamble Richtl. 2011/95/EU.

<sup>1281</sup> Art. 2 (h) Richtl. 2011/95/EU.

<sup>1282</sup> Het programma van Stockholm: een open en veilig Europa ten dienste en ter bescherming van de burger, *Pb.C.* 4 mei 2010, afl. 115, 32; Verord.Parl en Raad nr. 439/2010/EU, 19 mei 2010 tot oprichting van een Europees Ondersteuningsbureau voor asielzaken, *Pb.C.* 29 mei 2010, afl. 132, 11.

<sup>1283</sup> Art. 4 Verord. Parl. en Raad nr. 439/2010/EU.

<sup>1284</sup> H. BATTJES, *European Asylum Law and International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 274-275; D. BOUTEILLET-PAQUET (ed.), *Subsidiary Protection of Refugees in the European Union: complementing the Geneva Convention?*, Brussel, Bruylant, 2002, 883p; K. ZWAAN (ed.), *The Qualification Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2007, 164p.

<sup>1285</sup> Art. 18 Richtl. 2004/83/EG.

<sup>1286</sup> Art. 21 Richtl. 2004/83/EG.

refoulement, zoals artikel 4 EVRM of artikel 6 EVRM? In de toelichting van het Commissievoorstel wordt enkel verwezen naar artikel 3 EVRM, alsook artikelen 33 en 32 van het VN-Vluchtelingenverdrag.<sup>1287</sup>

540. De Kwalificatierichtlijn 2004 voorziet in een ruime inhoud van de verleende bescherming. Aan de verlening van de subsidiaire beschermingsstatus wordt de afgifte van een verblijfsvergunning verbonden die ten minste één jaar geldig is en kan worden verlengd, tenzij dwingende redenen van nationale veiligheid of openbare orde zich daartegen verzetten (art. 24, lid 2).

Voorts wordt er ook toegang geboden tot een aantal belangrijke socio-economische rechten, maar de bepalingen laten toe om het voorziene beschermingsniveau van deze rechten lager te stellen dan voor vluchtelingen. In de toelichting bij het Commissievoorstel werd dit als volgt gemotiveerd: *“De voordelen die uit beide internationale beschermingsstatussen voortvloeien komen sterk overeen, maar vertonen enkele belangrijke verschillen ten aanzien van de duur van de status van rechthebbenden op subsidiaire bescherming en van sommige van hun rechten waarvoor een wachttijd geldt, dit in verband met het in beginsel meer tijdelijke karakter van deze categorie.”*<sup>1288</sup>

Personen met een subsidiaire beschermingsstatus hebben recht op de afgifte van reisdocumenten *“ten minste indien om ernstige humanitaire redenen hun aanwezigheid in een andere Staat is vereist.”*<sup>1289</sup> De toegang tot werk wordt verzekerd maar lidstaten kunnen daarbij rekening houden met de toestand van de arbeidsmarkt en voor een beperkte tijd voorrangsregels hanteren.<sup>1290</sup> De toegang tot onderwijs wordt verzekerd op dezelfde wijze als voor vluchtelingen.<sup>1291</sup> Het recht op sociale bijstand en gezondheidszorg kan dan weer worden beperkt tot *“de meest fundamentele prestaties, die qua niveau en toegangsvoorwaarden moeten overeenkomen met die welke voor de eigen onderdanen gelden.”*<sup>1292</sup> Het recht op huisvesting en het recht van vrij verkeer binnen de lidstaat zijn, net zoals voor vluchtelingen, dan weer gewaarborgd onder vergelijkbare voorwaarden als die, die gelden voor onderdanen uit derde landen die legaal op het grondgebied van de lidstaat verblijven.<sup>1293</sup> Wanneer lidstaten het passend achten, kan aan personen met een subsidiaire beschermingsstatus toegang worden verleend tot integratieprogramma's.<sup>1294</sup>

De instandhouding van het gezin wordt gewaarborgd.<sup>1295</sup> Als gezinsleden moeten worden aanvaard, voor zover het gezin reeds bestond in het land van herkomst, de echtgenoot of niet-gehuwde partner in een duurzame relatie van de persoon aan wie de subsidiaire bescherming werd verleend, alsook de minderjarige ongehuwde kinderen die ten laste komen.<sup>1296</sup>

---

<sup>1287</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende minimumnormen voor de erkenning en de status van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchtelingen of als personen die anderszins internationale bescherming behoeven, 12 september 2001, COM(2001) 510 definitief, 33.

<sup>1288</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende minimumnormen voor de erkenning en de status van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchtelingen of als personen die anderszins internationale bescherming behoeven, 12 september 2001, COM(2001) 510 definitief, 8.

<sup>1289</sup> Art. 25, lid 2, Richtl. 2004/83/EG.

<sup>1290</sup> Art. 26, lid 3, Richtl. 2004/83/EG.

<sup>1291</sup> Art. 27 Richtl. 2004/83/EG.

<sup>1292</sup> Art. 28, lid 2 en 29, lid 2, Richtl. 2004/83/EG.

<sup>1293</sup> Art. 31 en 32 Richtl. 2004/83/EG.

<sup>1294</sup> Art. 33 Richtl. 2004/83/EG.

<sup>1295</sup> Art. 23 Richtl. 2004/83/EG.

<sup>1296</sup> Gezinsleden worden in art. 2 (h) Richtl. 2004/83/EG gedefinieerd als:

*“voorzover het gezin reeds bestond in het land van herkomst, de volgende leden van het gezin van de persoon aan wie de vluchtelingenstatus of de subsidiaire-beschermingsstatus is verleend die in verband met het verzoek om internationale bescherming in dezelfde lidstaat aanwezig zijn:*



Daarnaast mogen de lidstaten ook rekening houden met andere naaste verwanten die ten tijde van het vertrek uit het land van herkomst deel uitmaakten van het gezin van de persoon aan wie subsidiaire bescherming werd verleend, en die op dat tijdstip volledig of grotendeels te zijn laste kwamen.<sup>1297</sup> Richtlijn 2003/86/EG inzake het recht op gezinshereniging (hierna: Gezinsherenigingsrichtlijn ) is echter niet van toepassing op personen die subsidiaire bescherming genieten.<sup>1298</sup> De regels inzake de gezinshereniging worden hier overgelaten aan de nationale wetgeving van de lidstaten.

Hoewel de Kwalificatierichtlijn 2004 stipuleert dat gezinsleden van personen met internationale bescherming, die zelf niet in aanmerking komen voor een beschermingsstatus, tevens aanspraak kunnen maken op dezelfde verblijfstitel en socio-economische rechten als de persoon met de internationale beschermingsstatus die zij vervoegen, overeenkomstig de nationale procedures en voor zover verenigbaar met de persoonlijke juridische status van het gezinslid, laat de Kwalificatierichtlijn 2004 ook toe dat de lidstaten de voorwaarden van de betrokken voordelen t.a.v. de gezinsleden van personen met de subsidiaire beschermingsstatus bepalen, waarbij de lidstaten erop toe moeten zien dat de toegekende rechten een toereikende levensstandaard waarborgen.<sup>1299</sup> De lidstaten beschikken aldus over een ruime beoordelingsmogelijkheid voor wat betreft de behandeling van de gezinsleden van de personen aan wie de subsidiaire bescherming werd toegekend.

Deze socio-economische rechten en het verblijfsrecht zijn niet van toepassing wanneer het gezinslid van de subsidiaire beschermingsstatus werd uitgesloten. Lidstaten kunnen deze rechten weigeren, beperken, alsook intrekken om redenen van nationale veiligheid of openbare orde.<sup>1300</sup>

Tenslotte wordt ook een individuele beoordeling gevraagd van de specifieke situatie van de kwetsbare personen en hun bijzondere behoeften,<sup>1301</sup> alsook specifieke maatregelen voor niet-begeleide minderjarigen, onder meer door de aanstelling van een wettelijke voogd en het voorzien van passende zorg voor deze kinderen.<sup>1302</sup>

541. Belangrijk om te vermelden is dat personen met subsidiaire bescherming en hun gezinsleden tevens genieten van bescherming inzake de mensenrechten in de Europese Unie zoals gewaarborgd door het EVRM, enerzijds, en het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, anderzijds. In het kader van het weigeren of beperken van de socio-economische rechten wegens uitsluiting of openbare orde of nationale veiligheid, is het van belang rekening te houden met de rechtspraak inzake artikel 3 EVRM, met name dat een Staat niet onverschillig en nalatig mag zijn t.a.v. een vreemdeling die niet in de mogelijkheid is om te voorzien in de meest elementaire levensbehoeften, zoals voedsel, hygiëne en huisvesting, en zich daardoor in een situatie van ernstige ontbering en extreme armoede bevindt.

---

— de echtgenoot van de persoon aan wie de vluchtelingenstatus of de subsidiaire-beschermingsstatus is verleend of diens niet-gehuwde partner met wie hij een duurzame relatie onderhoudt, indien de wetgeving of de praktijk van de betrokken lidstaat ongehuwde paren krachtens zijn Vreemdelingenwetgeving op een vergelijkbare wijze behandelt als gehuwde paren;

— de minderjarige kinderen van de bij het eerste gedachtestreepje bedoelde paren of de persoon aan wie de vluchtelingenstatus of de subsidiaire-beschermingsstatus is verleend, mits zij ongehuwd zijn en ten laste komen, ongeacht de vraag of zij naar nationaal recht wettige, buitenechtelijke of geadopteerde kinderen zijn.”

<sup>1297</sup> Art. 23, lid 5, Richtl. 2004/83/EG.

<sup>1298</sup> Art. 3, 2 Richtl. Raad 2003/86/EG, 22 september 2003 inzake het recht op gezinshereniging, *Pb.L.* 3 oktober 2003, afl. 251, 12 e.v.

<sup>1299</sup> Art. 23, lid 2, Richtl. 2004/83/EG.

<sup>1300</sup> Art. 23, lid 3, Richtl. 2004/83/EG.

<sup>1301</sup> Art. 20, leden 3 en 4, Richtl. 2004/83/EG.

<sup>1302</sup> Art. 31 Richtl. 2004/83/EG.

542. De gebruikelijke strenge en strikte uitsluiting- en beëindigingbepalingen blijven gelden.<sup>1303</sup> Subsidiare bescherming kan in wezen in dezelfde omstandigheden als de vluchtelingenstatus worden beëindigd. De uitsluitingsgronden zijn daarentegen ruimer opgevat: naast uitsluiting voor oorlogsmisdrijven, misdrijven tegen de vrede of tegen de menselijkheid of daden in strijd met de doelstellingen en beginselen van de Verenigde Naties, moeten vreemdelingen ook uitgesloten worden van subsidiaire bescherming wanneer ze een ernstig misdrijf hebben gepleegd of een gevaar vormen voor de gemeenschap of voor de veiligheid van de lidstaat waar ze zich bevinden. In tegenstelling tot de uitsluitingsgronden voor vluchtelingen, kan dit dus zowel een politiek als een niet-politiek ernstig misdrijf betreffen, dat bovendien ook in het land van toevlucht kan zijn gepleegd. Daarnaast mogen lidstaten vreemdelingen uitsluiten wanneer zij andere (lichtere) misdrijven hebben gepleegd die strafbaar zouden zijn met een gevangenisstraf indien zij in de betrokken lidstaat werden gepleegd, en indien de vreemdeling zijn land van herkomst alleen heeft verlaten om straffen ten gevolge van deze misdrijven te ontlopen. De uitsluitingsgronden voor subsidiaire bescherming zijn dus ruimer dan de uitsluitingsgronden voor de vluchtelingenstatus.<sup>1304</sup> Ook hier zijn er mogelijkheden om de subsidiaire beschermingsstatus (in beginsel op bindende wijze, met een uitzondering voor de uitsluiting wegens lichtere misdrijven) in te trekken, te beëindigen of weigeren te verlengen, o.m. wegens een verbetering van de situatie in het land van oorsprong, het toepassen van uitsluitingsclausules *post facto* of fraude die achteraf werd ontdekt.<sup>1305</sup> Hoewel de richtlijn hierover niets zegt, kunnen lidstaten in alle bovenstaande gevallen nog steeds soeverein beslissen om eveneens de daarbij horende verblijfstitels in te trekken. Hun enige verplichting rust t.a.v. het non-refoulementbeginsel.<sup>1306</sup> In tegenstelling tot artikel 14 inzake vluchtelingen, voorziet de Kwalificatierichtlijn 2004 geen ‘terugval’-bepaling voor personen wiens subsidiaire beschermingsstatus wordt ingetrokken, beëindigd of niet verlengd wegens redenen van openbare orde of nationale veiligheid.

543. Door een uitbreiding van de personele werkingssfeer van de Richtlijn 2003/109/EG van de Raad van 25 november 2003 betreffende de status van langdurig ingezetenen onderdanen van derde landen,<sup>1307</sup> komen personen met een subsidiaire bescherming nu ook in aanmerking voor de Europese status van ‘langdurig ingezetene’.<sup>1308</sup> De modaliteiten daarvan werden reeds besproken in de inleiding.

544. Uit een evaluatierapport van de Europese Commissie over de implementatie en toepassing van de Kwalificatierichtlijn 2004 bleek dat in de praktijk, voor wat de inhoud van de verleende bescherming betreft, weinig lidstaten gebruik maken van de mogelijkheid om een onderscheid te maken tussen vluchtelingen en personen met subsidiaire bescherming.<sup>1309</sup> In het voorstel tot herschikking van de Kwalificatierichtlijn 2004 pleitte de Europese Commissie er dan ook om de differentiatie van de inhoud van beide beschermingstatuten te beëindigen. Deze differentiatie was het gevolg van de veronderstelling dat subsidiaire bescherming eerder een tijdelijke beschermingsstatus was. De ervaring leerde, aldus de Europese Commissie, dat deze veronderstelling onjuist was. “Daarom moet er een einde

<sup>1303</sup> Art. 16 en 17 Richtl. 2004/83/EG.

<sup>1304</sup> Zie voor een analyse McADAM, “The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime”, *supra* noot 1218, 493-497.

<sup>1305</sup> Art. 19 Richtl. 2004/83/EG.

<sup>1306</sup> Art. 21, lid 1, Richtl. 2004/83/EG.

<sup>1307</sup> Richtl. Raad 2003/109/EG, 25 november 2003 betreffende de status van langdurig ingezetenen onderdanen van derde landen, *Pb.L.* 23 januari 2004, afl. 16, 44.

<sup>1308</sup> Richtl. Parl. en Raad 2011/51/EU, 11 mei 2011 tot wijziging van Richtlijn 2003/109/EG van de Raad teneinde haar werkingssfeer uit te breiden tot personen die internationale bescherming genieten, *Pb.L.* 19 mei 2011, afl. 132, 1.

<sup>1309</sup> Europese Commissie, Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad over de toepassing van de richtlijn 2004/83/EG van de Raad van 29 april 2004 inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchteling of als persoon die anderszins internationale bescherming behoeft, en de inhoud van de verleende bescherming, 16 juni 2010, COM(2010) 314 definitief, 15.

*worden gemaakt aan de beperkingen van de rechten van degenen die subsidiaire bescherming genieten die niet langer als noodzakelijk en objectief gerechtvaardigd kunnen worden beschouwd. Het gelijktrekken van de rechten is nodig om volledige overeenstemming te waarborgen met het non-discriminatiebeginsel zoals dat is uitgelegd in de recente rechtspraak van het EHRM,<sup>1310</sup> en met het VN-Verdrag inzake de rechten van het kind. Bovendien beantwoordt het aan de oproep in het Haags programma om een uniforme beschermingsstatus in te voeren.”<sup>1311</sup>*

De herziening van de Kwalificatierichtlijn 2004, die uitgemond is in de aanneming van Kwalificatierichtlijn 2011, heeft geleid tot het gelijktrekken van de inhoud van beide beschermingsstatuten, waardoor de herziene bepalingen nu veelal enkel verwijzen naar de algemene noemer van ‘personen met internationale bescherming’, hoewel hier en daar toch nog het onderscheid wordt gemaakt tussen de vluchtelingenstatus en de subsidiaire beschermingsstatus. De herziening van de Kwalificatierichtlijn 2004 had verder tot doel om door het vaststellen van gemeenschappelijke normen inzake de inhoud van de subsidiaire bescherming, te komen tot een daadwerkelijke uniforme status voor personen met subsidiaire bescherming, zoals bepaald door artikel 78, lid 2, onder b), VWEU.

545. Zoals eerder vermeld werd subsidiaire bescherming in de Kwalificatierichtlijn 2004 eerder als een ‘tijdelijke bescherming’ beschouwd. De geldigheid van de afgegeven verblijfstitel kon dan ook worden beperkt tot tenminste één jaar, en eventueel kon de verblijfstitel worden verlengd. De tijdelijkheid van de subsidiaire bescherming werd echter in vraag gesteld en de Kwalificatierichtlijn 2011 voorziet nu in de afgifte van een verlengbare verblijfstitel die ten minste één jaar geldig is en tenminste twee jaar in geval van verlenging. De richtlijn zegt niets over de afgifte van een meer permanente verblijfstitel na een bepaalde termijn en laat dit aan de soevereine bevoegdheid van de lidstaat over. Belangrijk is dat nu uitdrukkelijk wordt aangegeven dat gezinsleden van personen met een subsidiaire bescherming eveneens recht hebben op een verlengbare verblijfstitel van tenminste één jaar.<sup>1312</sup>

De afgifte van reisdocumenten kan niet meer beperkt worden tot die gevallen waar er sprake is van ‘ernstige humanitaire redenen’. Reisdocumenten dienen integendeel te worden afgegeven aan personen met een subsidiaire beschermingsstatus die geen nationaal paspoort kunnen verkrijgen.<sup>1313</sup> Personen met subsidiaire bescherming hebben nu, op dezelfde voet als vluchtelingen, een onmiddellijke toegang tot werk en een betere en gegarandeerde toegang tot een werkgebonden onderwijsaanbod voor volwassenen en een beroepsopleiding alsook gegarandeerde toegang tot de procedures voor de erkenning van officiële kwalificaties of eerdere scholing.<sup>1314</sup> De toegang tot gezondheidszorg wordt nu ook aan personen met subsidiaire bescherming gegarandeerd op dezelfde wijze als aan vluchtelingen.<sup>1315</sup> Er is ook

---

<sup>1310</sup> De Commissie verwees naar EHRM 25 oktober 2005, nr. 59140/00, *Okpiz v. Duitsland* en EHRM 25 oktober 2005, nr. 58453/00, *Niedzwiecki v. Duitsland*: Het Hof oordeelde dat de uitsluiting van het kinderbijslagstelsel van regelmatig verblijvende vreemdelingen op grond van het feit dat ze niet beschikten over een ‘stabiele’ (en dus beperkte) verblijfsvergunning (en bijgevolg waarschijnlijk ook niet permanent in Duitsland zullen verblijven), geen voldoende rechtvaardigingsgrond voor een verschil in behandeling uitmaakte.

<sup>1311</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als personen die internationale bescherming genieten, en de inhoud van de verleende bescherming (herschikking), 21 oktober 2009, COM(2009) 551 definitief, 8-9. Het voorstel kwam hierdoor tegemoet aan de kritiek die eerder in de rechtsleer was verschenen, zie bijvoorbeeld S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, *supra* noot 1110, 340 en J. McADAM, “The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime”, *supra* noot 1218, 497 e.v.

<sup>1312</sup> Art. 24, lid 2, Richtl. 2011/95/EU.

<sup>1313</sup> Art. 25 Richtl. 2011/95/EU.

<sup>1314</sup> Art. 26 en 28 Richtl. 2011/95/EU.

<sup>1315</sup> Art. 30 Richtl. 2011/95/EU.

sprake van een verbeterde toegang tot huisvesting op basis van een antidiscriminatiebeleid en een gelijke toegang tot integratievoorzieningen waarbij de specifieke behoeften van personen met subsidiaire bescherming in rekening worden gebracht.<sup>1316</sup>

Kwalificatierichtlijn 2011 hanteert een ruimere definitie van ‘gezinsleden’ waardoor minderjarige kinderen niet meer moeten aantonen dat ze ‘ten laste zijn’.<sup>1317</sup> De preambule verduidelijkt dat een ruimere definitie van gezinsleden wordt gehanteerd waarbij rekening moet worden gehouden met de verschillende vormen van afhankelijkheid en bijzondere aandacht moet worden besteed aan het belang van het kind.<sup>1318</sup> Voorts werd de definitie ook uitgebreid naar de ouder of een andere volwassene die volgens het recht of de praktijk van de betrokken lidstaat verantwoordelijk is voor de persoon die internationale bescherming geniet, indien deze persoon minderjarig en ongehuwd is. De vereiste dat het ‘gezin’ reeds bestond in het land van herkomst blijft gelden.

De gezinsleden van personen met subsidiaire beschermingsstatus hebben nu volledige aanspraak op dezelfde verblijfstitel en socio-economische rechten als de persoon bij wie zij zich voegen. Er is geen beleidsruimte meer voor lidstaten om de voorwaarden van de voordelen te bepalen.<sup>1319</sup> Tenslotte werden de mogelijkheden geschrapt om de inhoud van de verleende bescherming te beperken voor personen met een subsidiaire bescherming die deze bescherming hebben verkregen op basis van activiteiten die uitsluitend of in hoofdzaak tot doel hadden de nodige voorwaarden te scheppen om als vluchtelingen te worden erkend. Slachtoffers van mensenhandel en personen die lijden aan een geestelijke ziekte worden eveneens erkend als kwetsbare personen met wiens specifieke situatie lidstaten rekening moeten houden<sup>1320</sup> en lidstaten worden aangespoord om t.a.v. niet-begeleide minderjarigen zo snel mogelijk te starten met de opsporing van zijn gezinsleden.<sup>1321</sup>

Niettemin blijft het voor lidstaten inzake de toegang tot sociale bijstand mogelijk om dit voor personen met subsidiaire bescherming te beperken tot de meest fundamentele prestaties die wat het niveau en de toegangsvoorwaarden betreft moeten overeenkomen met die welke voor de eigen onderdanen gelden.<sup>1322</sup> Het Commissievoorstel inzake de herschikking van de Kwalificatierichtlijn 2004 voorzag hier ook in een gelijktrekking tussen de vluchtelingenstatus en de subsidiaire bescherming, maar dit werd door de lidstaten niet aanvaard.<sup>1323</sup>

Kwalificatierichtlijn 2011 herneemt verder de toepassing van het humanitair beginsel uit artikel 1C van het VN-Vluchtelingenverdrag voor wat betreft de subsidiaire bescherming, zodat de continuïteit van deze bescherming wordt verzekerd, wanneer er dwingende redenen aanwezig zijn die voortvloeien uit een vroegere vervolging.<sup>1324</sup>

Tenslotte vermeldt artikel 3 Kwalificatierichtlijn 2011 dat de lidstaten ook ter bepaling van de inhoud van de internationale bescherming gunstiger normen kunnen vaststellen of handhaven indien deze met de richtlijn verenigbaar zijn, waardoor de doelstelling van een

---

<sup>1316</sup> Art. 32 en 34 Richtl. 2011/95/EU.

<sup>1317</sup> Art. 2 (j) Richtl. 2011/95/EU.

<sup>1318</sup> Overweging nr. 19 preambule Richtl. 2011/95/EU.

<sup>1319</sup> Art. 23, lid 2, Richtl. 2011/95/EU.

<sup>1320</sup> Art. 20, lid 3, Richtl. 2011/95/EU.

<sup>1321</sup> Art. 31 Richtl. 2011/95/EU.

<sup>1322</sup> Art. 29 Richtl. 2011/95/EU.

<sup>1323</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als personen die internationale bescherming genieten, en de inhoud van de verleende bescherming (herschikking), 21 oktober 2009, COM(2009) 551 definitief, 43. De vraag is dan ook of dit niet in strijd is met de rechtspraak van het EHRM inzake de toegang van vreemdelingen tot sociale zekerheidsrechten en het non-discriminatiebeginsel, zoals hierboven besproken.

<sup>1324</sup> Art. 16, lid 3, Richtl. 2011/95/EU.

daadwerkelijke uniforme status voor personen met subsidiaire bescherming niet geheel wordt verzekerd.

### *C. De toegang tot subsidiaire bescherming*

546. In de zaak *M.M.* oordeelde het Hof van Justitie dat de in artikel 4, lid 1, tweede zin, van de Kwalificatierichtlijn 2004 neergelegde plicht tot samenwerking van de betrokken lidstaat met de asielzoeker *niet* kan worden uitgelegd als volgt: indien een vreemdeling de subsidiaire beschermingsstatus verzoekt na een weigering om hem de vluchtelingenstatus te verlenen en indien de bevoegde nationale autoriteit voornemens is ook dit tweede verzoek af te wijzen, die autoriteit om die reden, alvorens een beslissing te nemen, aan de betrokkene dient mee te delen dat zij voornemens is zijn verzoek af te wijzen en op welke gronden, zodat die verzoeker de mogelijkheid heeft om zijn standpunt dienaangaande kenbaar te maken.<sup>1325</sup>

Het Hof wees erop dat zoals uit het opschrift van artikel 4 van de Kwalificatierichtlijn 2004 blijkt, dit artikel de 'beoordeling van feiten en omstandigheden' betreft. Volgens het Hof verloopt in werkelijkheid deze 'beoordeling' in twee onderscheiden fasen. De eerste fase betreft de vaststelling van de feitelijke omstandigheden die bewijselementen tot staving van het verzoek kunnen vormen, terwijl de tweede fase de beoordeling in rechte van deze gegevens betreft, waarbij wordt beslist of in het licht van de feiten die een zaak kenmerken, is voldaan aan de materiële voorwaarden van de artikelen 9 en 10 of 15 van de Kwalificatierichtlijn 2004 voor de toekenning van internationale bescherming. Volgens artikel 4, lid 1, van die richtlijn dient normalerwijs de verzoeker alle elementen tot staving van zijn verzoek in te dienen, wat niet wegneemt dat de betrokken lidstaat voor de bepaling van de relevante elementen van dat verzoek met de verzoeker dient samen te werken. Concreet houdt deze op de lidstaat rustende samenwerkingsplicht dus in dat, indien de door de verzoeker om internationale bescherming aangevoerde elementen om welke reden dan ook niet volledig, actueel of relevant zijn, de betrokken lidstaat in deze fase van de procedure actief met de verzoeker moet samenwerken om alle elementen te verzamelen die het verzoek kunnen staven. Bovendien heeft een lidstaat mogelijkerwijze gemakkelijker toegang tot bepaalde soorten documenten dan de verzoeker.

Deze uitlegging vindt volgens het Hof steun in artikel 8, lid 2, sub (b), van de Asielprocedurerichtlijn 2005, volgens hetwelk de lidstaten ervoor zorgen dat er nauwkeurige en actuele informatie wordt verzameld over de algemene situatie in de landen van oorsprong van asielzoekers en, waar nodig, in de landen van doorreis. Artikel 4, lid 1, van richtlijn 2004/83 heeft dus kennelijk alleen betrekking op de eerste fase, die de vaststelling van de feiten en omstandigheden betreft die als bewijselementen tot staving van het asielverzoek kunnen dienen.

Wat betreft de tweede fase, met name die waarin wordt beoordeeld wat de gevolgen zijn van de tot staving van het verzoek ingediende elementen, en dus wordt beslist of die elementen daadwerkelijk kunnen voldoen aan de voorwaarden voor de toekenning van de gevraagde internationale bescherming, besluit het Hof dat een dergelijk onderzoek van de gegrondheid van het asielverzoek tot de uitsluitende bevoegdheid van de bevoegde nationale autoriteit behoort, zodat in deze fase van de procedure een samenwerkingsplicht van die autoriteit met de verzoeker, zoals vastgesteld in artikel 4, lid 1, tweede zin, van de Kwalificatierichtlijn 2004, niet aan de orde is.

547. De criteria voor de toekenning van de subsidiaire beschermingsstatus en de toegang tot de inhoud van deze bescherming (het verblijfsrecht en socio-economische rechten) werden

---

<sup>1325</sup> HvJ 22 november 2012, nr. C-277/11, *M.M.*, par. 57-74.

echter niet op bindende wijze gekoppeld aan een geïndividualiseerde determinatieprocedure, zoals dat wel gebeurde voor de vluchtelingenstatus bij monde van Richtlijn 2005/85/EG, die minimumnormen neerlegt voor de procedures in de lidstaten voor de toekenning of intrekking van de vluchtelingenstatus (hierna: Asielprocedurerichtlijn 2005).<sup>1326</sup>

In de Asielprocedurerichtlijn 2005 zijn minimumnormen vastgesteld voor de procedures voor de behandeling van de verzoeken en werden de rechten van asielzoekers gepreciseerd. De Asielprocedurerichtlijn 2005 is enkel van toepassing op een asielverzoek, wat een verzoek is om de verlening van internationale bescherming op grond van het VN-Vluchtelingenverdrag. De richtlijn is in principe niet toepasselijk op verzoeken tot een andere vorm van bescherming wegens bijkomende beschermingsnoden of verzoeken tot bescherming op grond van andere internationale instrumenten waarvoor een afzonderlijk verzoek kan worden ingediend.<sup>1327</sup>

De Asielprocedurerichtlijn 2005 geldt dus niet voor verzoeken om subsidiaire bescherming, tenzij een lidstaat één enkele procedure invoert waarbij verzoeken worden behandeld in het licht van de twee vormen van internationale bescherming, namelijk de vluchtelingenstatus en de subsidiaire bescherming. In een dergelijk geval moeten de voorschriften van die richtlijn namelijk gedurende de gehele procedure worden toegepast, inclusief het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel, dus ook wanneer de bevoegde nationale autoriteit het verzoek om subsidiaire bescherming behandelt.

548. De Asielprocedurerichtlijn 2005 bepaalt evenwel niet uitdrukkelijk welke hiërarchie er bestaat tussen de vluchtelingenstatus en de subsidiaire beschermingsstatus.

Het Hof van Justitie stelt in de zaak *H.N.* vast dat uit het gebruik van de term „subsidiair” en uit de tekst van de Kwalificatierichtlijn blijkt dat de subsidiaire-beschermingsstatus is bedoeld voor derdelanders die niet in aanmerking komen voor de vluchtelingenstatus. Voorts blijkt dat de subsidiaire bescherming een aanvulling vormt op de in het Verdrag van Genève neergelegde bescherming van vluchtelingen.<sup>1328</sup> Uit deze en andere overwegingen besluit het Hof dat een verzoek om subsidiaire bescherming in beginsel niet mag worden behandeld vooraleer de bevoegde autoriteit heeft vastgesteld dat de verzoeker om internationale bescherming niet voldeed aan de voorwaarden voor erkenning als vluchteling.<sup>1329</sup>

PEERS verwijst in dit kader ook naar het Abdulla-arrest waarin het Hof van Justitie vaststelde dat de Kwalificatierichtlijn 2004 *“regels stelt voor twee verschillende beschermingsregimes, namelijk de vluchtelingenstatus en de status die wordt verleend door de subsidiaire bescherming.”* De richtlijn definieert de subsidiaire beschermingsstatus in tegenstelling tot de vluchtelingenstatus, met name bepaalt artikel 2, sub e, van de richtlijn dat de persoon die voor subsidiaire bescherming in aanmerking komt als diegene *“die niet voor de vluchtelingenstatus in aanmerking komt.”*<sup>1330</sup> Het Hof stelde dat de beëindiging van de vluchtelingenstatus niet afhankelijk mag worden gesteld van de constatering dat niet is voldaan aan de toepassingsvoorwaarden van de subsidiaire beschermingsstatus, daar dit eraan voorbij zou gaan dat deze beschermingsregimes elk een eigen gebied bestrijken: *“In de*

---

<sup>1326</sup> Richtl. Raad 2005/85/EG, 1 december 2005 betreffende minimumnormen voor de procedures in de lidstaten voor de toekenning of intrekking van de vluchtelingenstatus, *Pb.L.* 13 december 2005, afl. 326, 13. Voor meer over de moeilijke onderhandelingen m.b.t. deze richtlijn, zie D. ACKERS, “The Negotiations on the Asylum Procedures Directive”, *EJML* 2005, 1-33 en M. MICHELOGIANNAKI, “The Negotiations of Directive 2005/85/EC”, in K. ZWAAN (ed.), *The Procedures Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2008, 21-26.

<sup>1327</sup> Art. 2 (b) en 3 Richtl. 2005/85/EG.

<sup>1328</sup> S. PEERS en N. ROGERS, *EU Immigration and Asylum Law – Tekst and Commentary*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 383.

<sup>1329</sup> HvJ 8 mei 2014, C-604/12, *H.N.*, par. 25-30.

<sup>1330</sup> S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, *supra* noot 1110, 346-347.

*systematiek van de richtlijn doet de eventuele beëindiging van de vluchtelingenstatus niet af aan het recht van betrokkene om de door de subsidiaire bescherming verleende status aan te vragen.”*<sup>1331</sup>

549. Wanneer lidstaten niet gekozen hebben voor een eenheidsprocedure, dan blijven de lidstaten, bij gebrek aan Unierechtelijke voorschriften inzake de procedurele aspecten van de behandeling van een verzoek om subsidiaire bescherming en overeenkomstig het beginsel van procedurele autonomie, bevoegd om deze aspecten te regelen.

Deze procedurele autonomie is evenwel niet geheel vrijblijvend maar moet worden uitgeoefend met eerbiediging van de grondrechten en met waarborging van de volledige doeltreffendheid van de Unierechtelijke bepalingen inzake subsidiaire bescherming. Dit houdt volgens het Hof in dat nationale procedureregels aanvragers van subsidiaire bescherming effectieve toegang tot de hun door de Kwalificatierichtlijn verleende rechten moeten waarborgen.<sup>1332</sup>

In die zin bevestigde het Hof dat de Kwalificatierichtlijn 2004, het doeltreffendheidsbeginsel en het recht op behoorlijk bestuur, zoals voorzien in artikel 41 van het Handvest, geen afbreuk doen aan een nationale procedureregeling die de behandeling van een verzoek om subsidiaire bescherming afhankelijk stelt van de voorafgaande afwijzing van een verzoek om erkenning als vluchteling, mits het verzoek om erkenning als vluchteling en het verzoek om subsidiaire bescherming tegelijkertijd kunnen worden ingediend en de nationale procedureregeling niet ertoe leidt dat het verzoek om subsidiaire bescherming na het verstrijken van een redelijke termijn wordt behandeld, wat dan weer door de nationale rechter moet worden beoordeeld.<sup>1333</sup>

In dezelfde lijn, moet, wanneer een lidstaat heeft gekozen voor de invoering van onderscheiden en opeenvolgende procedures voor de behandeling van het asielverzoek en het verzoek om subsidiaire bescherming, de rechten van de verdediging en het recht van de betrokkene om te worden gehoord, als algemene beginselen van Unierecht en gelet op het wezenlijke karakter ervan, in beide procedures ten volle worden gewaarborgd. Immers, de voorwaarden waaraan moet worden voldaan voor de toekenning van de vluchtelingenstatus en die van de subsidiaire beschermingsstatus zijn niet dezelfde, aangezien de aan elke status ontleende rechten naar hun aard verschillend zijn.

Het Hof besluit dan ook in de zaak *M.M.* dat bij een nationale regeling, die wordt gekenmerkt door twee afzonderlijke en opeenvolgende procedures voor de behandeling van het verzoek om toekenning van de vluchtelingenstatus, respectievelijk het verzoek om subsidiaire bescherming, de lidstaten er zorg voor dienen te dragen dat in het kader van elk van deze procedures de grondrechten van de verzoeker worden geëerbiedigd.<sup>1334</sup>

Voor wat in het bijzonder het recht om te worden gehoord betreft, wil dit zeggen dat hij in staat moet worden gesteld naar behoren zijn opmerkingen kenbaar te maken alvorens een beslissing wordt genomen waarbij de verlangde bescherming wordt geweigerd. In een dergelijk stelsel houdt de omstandigheid dat de betrokkene reeds naar behoren is gehoord in het kader van de behandeling van zijn verzoek om een toekenning van de vluchtelingenstatus,

---

<sup>1331</sup> HvJ 2 maart 2010, nr. C-175/08, C-176/08, C-178/08 en C-179/08, *Abdulla*, par. 77-80.

<sup>1332</sup> HvJ 8 mei 2014, C-604/12, *H.N.*, par. 41-42.

<sup>1333</sup> HvJ 8 mei 2014, C-604/12, *H.N.*, par. 43 e.v.

<sup>1334</sup> HvJ 22 november 2012, nr. C-277/11, *M.M.*, par. 81 e.v.

niet in dat dit vormvoorschrift niet meer hoeft te worden nageleefd in het kader van de procedure inzake het verzoek om subsidiaire bescherming, aldus het Hof.

550. Uit de rechtspraak van het HvJ blijkt duidelijk dat een nationale regeling voor de behandeling van een verzoek om subsidiaire bescherming in overeenstemming moet zijn de grondrechten van de verzoeker.

Deze rechtspraak impliceert dat artikel 47 Handvest inzake het “*Recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht*” eveneens dient te worden gewaarborgd door nationale regelingen voor de behandeling van een verzoek om subsidiaire bescherming.

Artikel 47 Handvest luidt: “*Eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, heeft recht op een doeltreffende voorziening in rechte, met inachtneming van de in dit artikel gestelde voorwaarden.*

*Eenieder heeft recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld. Eenieder heeft de mogelijkheid zich te laten adviseren, verdedigen en vertegenwoordigen.*

*Rechtsbijstand wordt verleend aan diegenen die niet over toereikende financiële middelen beschikken, voorzover die bijstand noodzakelijk is om de daadwerkelijke toegang tot de rechter te waarborgen eveneens beschikbaar moet zijn.”*

Volgens de toelichting bij het Handvest is dit artikel geënt op artikelen 6 en 13 EVRM maar wordt benadrukt dat het recht van de Unie echter een ruimere bescherming biedt omdat het een recht op een doeltreffende voorziening in rechte waarborgt, met name toegang tot een rechterlijke instantie. Het Hof van Justitie heeft dit recht in zijn rechtspraak erkend als een algemeen beginsel van het recht van de Unie dat van toepassing is op de lidstaten wanneer zij het recht van de Unie toepassen.<sup>1335</sup>

Dit betekent dat wanneer een verzoek om subsidiaire bescherming wordt geweigerd in eerste aanleg, de mogelijkheid dient te bestaan tot een doeltreffende voorziening in rechte. Artikelen 41 en 47 van het Handvest blijven derhalve een rol spelen in het garanderen van een effectieve toegang tot de subsidiaire beschermingsstatus.

551. Deze hierboven rechtspraak van het Hof is nu deels achterhaald. In het voorstel tot herschikking van de Asielprocedurerichtlijn 2005<sup>1336</sup> werd, in overeenstemming met artikel 78, lid 2, onder d), VWEU, het toepassingsgebied van deze richtlijn uitgebreid tot alle verzoeken om internationale bescherming.

In de daaruit voortvloeiende Richtlijn 2013/32/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale bescherming (herschikking) (hierna: *Procedurerichtlijn 2013*),<sup>1337</sup> wordt duidelijk gesteld dat deze richtlijn van toepassing is op alle verzoeken om

---

<sup>1335</sup> Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten, toelichting ad artikel 19, *Pb.C.* 14 december 2007, afl. 303, 29. De toelichtingen zijn volgens artikel 52, lid 7, Handvest, opgesteld om richting te geven aan de uitlegging van dit Handvest van de Grondrechten en, hoewel niet bindend, dienen ze door de rechterlijke instanties van de Unie en van de lidstaten naar behoren in acht te worden genomen.

<sup>1336</sup> Zowel in het oude voorstel tot herschikking, zie Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende minimumnormen voor de procedures in de lidstaten voor de verlening of intrekking van internationale bescherming (herschikking), 21 oktober 2009, COM(2009) 554 definitief, als in het nieuwe voorstel tot herschikking, zie Europese Commissie, Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale beschermingsstatus (herschikking), 1 juni 2011, COM(2011) 319 definitief.

<sup>1337</sup> Richtl.Parl en Raad 2013/32/EU, 26 juni 2013 betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale bescherming (herschikking), *Pb.L.* 29 juni 2013, afl. 180, 60-95.



internationale bescherming, dit zijn de verzoeken van onderdanen van een derde land of staatlozen om bescherming van een lidstaat die kennelijk de vluchtelingenstatus of de subsidiairebeschermingsstatus wensen en niet uitdrukkelijk verzoeken om een andere, niet onder Kwalificatierichtlijn 2011 vallende vorm van bescherming die afzonderlijk kan worden verzocht.<sup>1338</sup>

De preambule verduidelijkt dat met het oog op het garanderen van een grondige en doeltreffende beoordeling van de behoefte aan internationale bescherming van de verzoekers in de zin van Kwalificatierichtlijn 2011, het rechtskader van de Unie inzake de procedures voor het verlenen en intrekken van internationale bescherming gebaseerd moet zijn op het begrip 'een eenheidsprocedure voor asiel'.<sup>1339</sup>

552. Dit houdt in dat er een enkele asielpprocedure wordt ingevoerd waarbij het verzoek om internationale bescherming moet worden onderzocht in het licht van de kwalificatiecriteria verbonden aan de vluchtelingenstatus en in het licht van de kwalificatiecriteria verbonden aan de subsidiaire beschermingsstatus, waarbij doorheen de gehele procedure dezelfde voorschriften worden toegepast en dezelfde rechten voor personen die om internationale bescherming verzoeken, gelden. De Procedurerichtlijn 2013 verduidelijkt tenslotte de hiërarchie tussen de vluchtelingenstatus en de subsidiaire beschermingsstatus. Tijdens de behandeling van de verzoeken om internationale bescherming dient de beslissingsautoriteit eerst na te gaan of de verzoekers als vluchteling kunnen worden aangemerkt, en, zo niet, of zij voor subsidiaire bescherming in aanmerking komen.<sup>1340</sup> De lidstaten kunnen voorts nog steeds besluiten deze richtlijn toe te passen bij procedures waarin wordt beslist over verzoeken om ongeacht welke vorm van bescherming die niet onder het toepassingsgebied van Kwalificatierichtlijn 2011 vallen.<sup>1341</sup>

Het gevolg hiervan is dat inzake het onderzoek naar subsidiaire bescherming, vanaf 21 juli 2015, de datum waartegen de Procedurerichtlijn 2013 in de nationale wetgeving moet worden omgezet, de uitgangspunten en de waarborgen voorzien in deze richtlijn eveneens van toepassing zijn. Daarenboven geldt er nu eveneens een recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel, conform artikel 46 van de Procedurerichtlijn 2013, voor verzoeken waarbij de vluchtelingenstatus en/of subsidiaire beschermingsstatus werd geweigerd. Voor een bespreking van de voornoemde waarborgen en rechten, verwijs ik naar de inleiding.

---

<sup>1338</sup> Art. 2 (b) Richtl. 2013/32/EU.

<sup>1339</sup> Overweging nr. 11 Preambule Richtl. 2013/32/EU

<sup>1340</sup> Art. 10, lid 2, Richtl. 2013/32/EU.

<sup>1341</sup> Art. 3, lid 3, Richtl. 2013/32/EU.

### **§ 3. Non-refoulement**

553. Niet alle noden aan bescherming tegen omstandigheden in het land van herkomst of in een derde land worden beantwoord door de EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten inzake tijdelijke bescherming, de vluchtelingenstatus of de subsidiaire beschermingsstatus. Dit kan onder meer het geval zijn omdat bepaalde noden niet onder de werkingssfeer van die statuten vallen (bijvoorbeeld ernstig zieke vreemdelingen) of omdat bepaalde vreemdelingen van die statuten worden uitgesloten.

Voor zulke noden, waaraan de EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten niet tegemoet kunnen komen, blijft het non-refoulementbeginsel binnen het Unierecht als terugvalpositie of restbescherming gelden. De inhoud van de bescherming die wordt verleend onder het non-refoulementbeginsel is echter veel minder ruim dan degene die zou gelden onder een volwaardig EU-beschermingsstatuut. Het betreft vooral een verplichting tot niet-verwijdering hoewel toch ook aan een aantal minimumvereisten moet worden voldaan.

Vooreerst dient te worden verwezen naar artikelen 4 en 19, lid 2, van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie die het non-refoulementbeginsel waarborgen.

Relevante bepalingen m.b.t. het non-refoulementbeginsel als terugvalpositie zijn verder terug te vinden in de Kwalificatierichtlijnen 2004 en 2011 en de Richtlijn Tijdelijke Bescherming. De Kwalificatierichtlijnen 2004 en 2011 benadrukken de bescherming tegen refoulement en deze internationale verplichting dient door lidstaten te worden verzekerd. Een vreemdeling uitgesloten van de vluchtelingenstatus of waarvan de vluchtelingenstatus werd ingetrokken, beëindigd of niet verlengd, alsook de al dan niet formeel erkende vluchteling die wordt uitgezet of teruggestuurd omdat hij een gevaar vormt voor de nationale veiligheid of openbare orde van de lidstaat, kan dus niet zomaar worden teruggestuurd naar het land van vervolging, met name het land van herkomst, wanneer er daar een risico bestaat op het ondergaan van een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM. Hetzelfde geldt voor de vreemdeling die eveneens wordt uitgesloten van de subsidiaire beschermingsstatus of waarvan de subsidiaire beschermingsstatus werd ingetrokken, beëindigd of niet verlengd.<sup>1342</sup>

Evenwel wordt in Richtlijn 2008/115/EG over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, op 16 december 2008 door het Europees Parlement en de Raad vastgesteld (hierna: de Terugkeerrichtlijn)<sup>1343</sup>, aangenomen op basis van artikel 63, lid 3, onder b), VEG, uitdrukkelijk gesteld dat lidstaten bij de tenuitvoerlegging ervan het non-refoulementbeginsel moeten eerbiedigen.<sup>1344</sup>

554. Als noodzakelijk onderdeel van een gedegen en geloofwaardig migratiebeleid, geldt de Terugkeerrichtlijn als een elementaire basis voor een doeltreffend Europees verwijderings- en terugkeerbeleid. Daarbij is het, volgens de EU-instellingen, van belang om duidelijke, transparante en eerlijke regels te ontwikkelen.<sup>1345</sup> In de richtlijn worden met name horizontale regels vastgesteld die van toepassing zijn op *alle* onderdanen van derde landen die niet of niet

---

<sup>1342</sup> Art. 21 in Richtl. 2004/83/EG en Richtl. 2011/95/EU.

<sup>1343</sup> Richtl. nr. 2008/115/EG, 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, *Pb.L.* 24 december 2008, afl. 348, 98.

<sup>1344</sup> Art. 5 Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1345</sup> Overweging nr. 4 Preambule Richtl. 2008/115/EG.

meer voldoen aan de voorwaarden voor de toegang tot, verblijf of vestiging in de lidstaat.<sup>1346</sup> Deze *gemeenschappelijke normen* inzake de verwijdering en terugkeer moeten ertoe leiden dat mensen op een humane manier, met de volledige eerbiediging van hun grondrechten en waardigheid teruggezonden kunnen worden.<sup>1347</sup>

555. De totstandkoming en aanneming van deze richtlijn had niettemin heel wat voeten in de aarde; het was het eerste belangrijk wetgevend instrument in EU-asiel- en migratiewetgeving dat werd aangenomen op basis van de medebeslissingprocedure, waarin de Raad (met stemming op basis van een gekwalificeerde meerderheid) en het Parlement op gelijke voet staan.<sup>1348</sup> De richtlijn werd fel bekritiseerd zowel binnen<sup>1349</sup> als buiten<sup>1350</sup> de Europese Unie omdat ze juist tekort zou schieten in het waarborgen van een aantal grondenrechten van illegaal verblijvende vreemdelingen die het voorwerp zijn van een terugkeerbesluit.

De mogelijkheid tot vasthouding (ook van niet-begeleide minderjarigen en gezinnen met kinderen) voor een periode van 18 maanden<sup>1351</sup>, de verplichting in bepaalde gevallen om een

---

<sup>1346</sup> Overweging nr. 5 Preamble Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1347</sup> Zie overwegingen nr. 2 Preamble Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1348</sup> Voor meer achtergrond over de discussies in de Raad en het Europees Parlement zie A. BALDACCINI, "The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law: An Analysis of the Return Directive", *EJML* 2009, 1-17; D. ACOSTA, "The Good, the Bad and the Ugly in EU Migration Law: Is the European Parliament Becoming Bad and Ugly?", *EJML* 2009, 19-39, en K. POLLET, "The Negotiations on the Return Directive: Challenges, Outcomes and Lessons Learned from an NGO Perspective"; in K. ZWAAN (ed.), *The Returns Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2011, 25-38.

<sup>1349</sup> Zowel Amnesty International als ECRE hebben zich zeer kritisch getoond t.a.v. deze richtlijn.

<sup>1350</sup> Zie D. ACOSTA, *Latin American Reactions to the Adoption of the Return Directive*, Centre for European Policy Studies, [www.ceps.eu](http://www.ceps.eu), 13 november 2009, 7p.

<sup>1351</sup> Het Hof van Justitie heeft zich reeds kunnen uitspreken over de draagwijdte van art. 15 Terugkeerrichtlijn m.b.t. vasthouding. Zo onderstreepte het Hof o.m. dat een 'redelijk vooruitzicht op verwijdering' een werkelijk vooruitzicht op verwijdering moet inhouden. Hier is geen sprake van indien het weinig waarschijnlijk is dat de betrokken vreemdeling in een derde land wordt opgevangen of geen identiteitsdocumenten kan verkrijgen. Voorts kan op basis van deze richtlijn ook niet worden beslist om, na het verstrijken van de maximumtermijn van vasthouding, de vreemdeling niet onmiddellijk vrij te laten wegens het gebrek aan o.m. bestaansmiddelen of geldige documenten: HvJ 30 november 2009, C-357/09 PPU, *Kadzoev* en HvJ 5 juni 2014, C-146/14 PPU, *Mahdi*. Het Hof verduidelijkte daarenboven dat de Terugkeerrichtlijn, en meer bepaald de artikelen 15 en 16 ervan, zich verzet tegen een regeling van een lidstaat waarbij aan een vreemdeling een gevangenisstraf wordt opgelegd met als enige reden dat deze vreemdeling, in strijd met een bevel om het grondgebied van die lidstaat binnen een bepaalde termijn te verlaten, zonder geldige reden toch zijn verblijf op dat grondgebied voortzet: HvJ 28 april 2011, C-61/11 PPU, *Hassen El Dridi*. Het Hof oordeelde voorts: "*Richtlijn 2003/9/EG van de Raad van 27 januari 2003 tot vaststelling van minimumnormen voor de opvang van asielzoekers in de lidstaten en richtlijn 2005/85 verzetten zich er niet tegen dat de derdelander die om internationale bescherming heeft verzocht in de zin van richtlijn 2005/85, na krachtens artikel 15 van richtlijn 2008/115 in bewaring te zijn gesteld, op grond van een bepaling van nationaal recht in bewaring blijft, wanneer na een beoordeling in het individuele geval van alle relevante omstandigheden blijkt dat dit verzoek is ingediend met als enig doel de uitvoering van het terugkeerbesluit uit te stellen of te verijdelen en 60. dat het objectief noodzakelijk en evenredig is om de bewaringsmaatregel te handhaven ter vermindering dat de betrokkene zich definitief aan zijn terugkeer onttrekt.*"

Zie HvJ 30 mei 2013, C-534/11, *Arslan*: "60. Dienaangaande moet worden vastgesteld dat hoewel richtlijn 2008/115 niet van toepassing is gedurende de procedure voor de behandeling van het asielverzoek, dit niet betekent dat de terugkeerprocedure daardoor definitief wordt beëindigd, aangezien deze kan worden voortgezet indien het asielverzoek wordt afgewezen. Zoals de Tsjechische, de Duitse, de Franse en de Slowaakse regering hebben opgemerkt, zou afbreuk worden gedaan aan de doelstelling van die richtlijn, te weten de doeltreffende terugkeer van illegaal verblijvende derdelanders, indien de lidstaten niet zouden kunnen voorkomen dat, in omstandigheden als die welke in punt 57 van het onderhavige arrest zijn uiteengezet, de betrokkene door het indienen van een asielverzoek automatisch zijn invrijheidstelling zou verkrijgen (zie naar analogie arrest van 6 december 2011, *Achughbadian*, C-329/11, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 30).

61. Voorts bepaalt artikel 23, lid 4, sub j, van richtlijn 2005/85 uitdrukkelijk dat de omstandigheid dat de asielzoeker enkel een verzoek indient teneinde de uitvoering van een eerdere of van een op handen zijnde beslissing die tot zijn verwijdering zou leiden, uit te stellen of te verijdelen, tevens in aanmerking kan worden genomen in het kader van de procedure voor de behandeling van dat verzoek, aangezien die omstandigheid kan rechtvaardigen dat dit verzoek versneld of bij voorrang wordt behandeld. Richtlijn 2005/85 zorgt er aldus voor dat de lidstaten over de nodige instrumenten beschikken om de doeltreffendheid van de terugkeerprocedure te waarborgen door te vermijden dat deze langer wordt geschorst dan noodzakelijk is voor de correcte behandeling van het verzoek.

62. Evenwel zij gepreciseerd dat op basis van het loutere feit dat jegens een asielzoeker op het tijdstip van de indiening van zijn verzoek een terugkeerbesluit was genomen en dat hij krachtens artikel 15 van richtlijn 2008/115 in bewaring was gesteld, zonder een beoordeling in het individuele geval van alle relevante omstandigheden niet kan worden aangenomen dat hij dat verzoek enkel heeft ingediend om de uitvoering van het terugkeerbesluit uit te stellen

terugbesluit te koppelen aan een inreisverbod voor maximum vijf jaar, waardoor de toegang tot het grondgebied van alle lidstaten wordt ontzegd en de mogelijkheid om in zgn. noodsituaties af te wijken van bepalingen inzake de omstandigheden en de rechterlijke toetsing van vasthouding, werden als voorbeelden daarvan aangehaald.

Anderzijds stelt de richtlijn dat voorrang moet worden gegeven aan een vrijwillige terugkeer boven een gedwongen terugkeer en de lidstaten dienen dus een passende termijn te voorzien voor het vrijwillig vertrek. Dwangmaatregelen mogen worden genomen in welbepaalde omstandigheden en dit volgens de beginselen van evenredigheid en doeltreffendheid. Detentie mag alleen worden toegepast wanneer geen andere, minder dwingende maatregelen voorhanden zijn (als laatste middel dus) en mag niet langer duren dan nodig is voor de voorbereiding van de uitzetting.<sup>1352</sup> De richtlijn is dus duidelijk een voorwerp geweest van een compromis tussen, enerzijds, de Raad en het Europees Parlement, en, anderzijds, de belangen van de lidstaten en de grondrechten van vreemdelingen.

556. In het kader van dit proefschrift wordt de Terugkeerrichtlijn enkel geanalyseerd vanuit de bescherming die ze biedt tegen refoulement. Van belang is een verloren gegane doelstelling van het Commissievoorstel dat aan de basis ligt van deze richtlijn: het treffen van een regeling voor personen die illegaal in de Unie verblijven maar (nog) niet kunnen worden uitgezet, de zgn. ‘onverwijderbare vreemdelingen’.<sup>1353</sup> De Europese Commissie wilde niet enkel garanderen dat vreemdelingen niet zouden worden verwijderd wanneer dit een fundamenteel recht zou schenden, maar ook voorkomen dat onverwijderbaarheid zou leiden tot een zgn. ‘limbosituatie’. Wegens onenigheid in de Raad werd deze ambitie van de Europese Commissie niet volledig gerealiseerd. De huidige Terugkeerrichtlijn behandelt daarom de situatie van de onverwijderbaarheid van vreemdelingen op heel beperkte wijze.

557. De Terugkeerrichtlijn is gebaseerd op de centrale verplichting in hoofde van de lidstaten om een terugkeerbesluit uit te vaardigen aan *alle* derdelanders die *illegaal* op hun

---

*of te vrijdelen en dat het objectief noodzakelijk en evenredig zou zijn om de maatregel van inbewaringstelling te handhaven.”*

<sup>1352</sup> Het Hof verduidelijkte dat “de volgorde van de stappen van de terugkeerprocedure, zoals neergelegd in richtlijn 2008/115, overeenstemt met een trapsgewijze verzwaring van de ter tenuitvoerlegging van het terugkeerbesluit te nemen maatregelen, beginnend met de maatregel die de meeste vrijheid aan de betrokkene laat, namelijk de toekenning van een termijn voor zijn vrijwillige vertrek, en eindigend met de maatregelen die hem het meest beperken, namelijk de bewaring in een gespecialiseerd centrum, waarbij tijdens al die stappen het beginsel van evenredigheid moet worden geëerbiedigd”. Zie HvJ 28 april 2011, C-61/11 PPU, *Hassen El Dridi*, par. 41. Volgens het Hof moet Richtlijn 2008/115/EG aldus worden uitgelegd dat zij:

– zich verzet tegen een regeling van een lidstaat waarbij illegaal verblijf wordt tegengegaan met strafrechtelijke sancties, voor zover die regeling toestaat dat een gevangenisstraf wordt opgelegd aan een onderdaan van een derde land die weliswaar illegaal op het grondgebied van die lidstaat verblijft en niet bereid is dat grondgebied vrijwillig te verlaten, doch op wie niet de in artikel 8 van deze richtlijn bedoelde dwangmaatregelen zijn toegepast en voor wie, in geval van vreemdelingenbewaring met het oog op de voorbereiding en de uitvoering van zijn verwijdering, de maximale duur van die bewaring nog niet is verstreken; en

– zich niet verzet tegen een dergelijke regeling voor zover deze toestaat dat een gevangenisstraf wordt opgelegd aan een onderdaan van een derde land op wie de bij die richtlijn ingestelde terugkeerprocedure is toegepast en die, zonder geldige reden om niet terug te keren, illegaal op dat grondgebied verblijft.” Zie HvJ 6 december 2011, C-329/11, *Achughbabian*.

Volgens het Hof moet Richtlijn 2008/115/EG voorts worden uitgelegd dat zij:

– zich niet verzet tegen een wettelijke regeling van een lidstaat, zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarbij het illegale verblijf van onderdanen van derde landen wordt bestraft met een geldboete die kan worden vervangen door uitwijzing, en

– zich verzet tegen een wettelijke regeling van een lidstaat die de mogelijkheid biedt om het illegale verblijf van onderdanen van derde landen te bestraffen met de oplegging van huisarrest, maar niet garandeert dat de uitvoering van die straf een einde neemt zodra het mogelijk is om de betrokkene fysiek uit die lidstaat te verwijderen.” Zie HvJ 6 december 2012, C-430/11, *Sagor*.

Omtrent de omstandigheden van bewaring zie HvJ 17 juli 2014, C-474/13, *Pham* en HvJ 17 juli 2014, gevoegde zaken C-473/13 en C-514/13, *Bero en Bouzalmate*.

<sup>1353</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, 1 september 2005, COM(2005) 391 definitief, 4.

grondgebied verblijven, met uitzondering van asielzoekers.<sup>1354</sup> De richtlijn is voorts niet van toepassing op derdelanders die gezinsleden zijn van EU-burgers die hun recht van vrij verkeer en verblijf hebben uitgeoefend, noch op derdelanders die in het kader van een overeenkomst tussen de Unie en haar lidstaten, enerzijds, en hun land van herkomst, anderzijds, hetzelfde recht van vrij verkeer genieten als burgers van de Unie.<sup>1355</sup>

De lidstaten mogen voorts optioneel besluiten om bepaalde derdelanders uit te sluiten van de werkingssfeer van de richtlijn.<sup>1356</sup> Het gaat in het bijzonder om derdelanders aan wie toegang is geweigerd overeenkomstig artikel 13 van de Schengengrenscore, of die door de bevoegde autoriteiten zijn aangehouden of onderschept wegens het niet op reguliere wijze overschrijden van de buitengrens van een lidstaat over land, over zee of door de lucht en die vervolgens geen vergunning of recht tot verblijf hebben verkregen. Ook derdelanders die verplicht zijn tot terugkeer als strafrechtelijke sanctie of als gevolg van een strafrechtelijke sanctie overeenkomstig de nationale wetgeving, of jegens wie een uitleveringsprocedure loopt, kunnen van de werkingssfeer van de richtlijn worden uitgesloten.<sup>1357</sup> De behandeling en het beschermingsniveau van deze derdelanders, die uitgesloten zijn van de toepassing van de richtlijn, moet evenwel nog steeds aan een minimum voldoen. Zo gelden ook hier dezelfde voorwaarden m.b.t. het beperkt gebruik van dwangmaatregelen, de toegang tot spoedeisende zorgen, de inachtneming van de behoeften van kwetsbare personen en de omstandigheden van de detentie, en moet het non-refoulementbeginsel verzekerd te blijven.<sup>1358</sup>

558. De richtlijn laat de toepassing van gunstiger bepalingen onverlet, indien deze voortvloeien uit bilaterale of multilaterale overeenkomsten tussen de EU en/of de lidstaten

---

<sup>1354</sup> Art. 6, lid 1, Richtl. 2008/115/EG. Met 'illegaal verblijf' wordt bedoeld: de aanwezigheid op het grondgebied van een lidstaat, van een onderdaan van een derde land die niet of niet langer voldoet aan de voorwaarden voor toegang die zijn vastgesteld in artikel 5 van de Schengengrenscore, of aan andere voorwaarden voor toegang tot, verblijf of vestiging in de lidstaat. Zie art. 3, lid 2, Richtl. 2008/115/EG. Een uitzondering daarop vormt de asielzoeker, die niet mag worden beschouwd als een derdelander in illegaal verblijf tot er een negatieve beslissing m.b.t. zijn aanvraag is genomen (Overweging nr. 9 Preambule Richtl. 2008/115/EG), wat werd bevestigd door het HvJ 30 november 2009, C-357/09 PPU, *Kadzoev*, par. 41. Een illegaal verblijvende vreemdeling die dus een asielverzoek indient, valt buiten de werkingssfeer van de Terugkeerrichtlijn. Zie hierover meer in M. CAVINATO, "Principles of the Returns Directive and the Lack of Procedural Guarantees", in K. ZWAAN (ed.), *The Returns Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2011, 52-54. Dit werd bevestigd in HvJ 30 mei 2013, C-534/11, *Arslan*: "Artikel 2, lid 1, van richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, gelezen in samenhang met punt 9 van de considerans ervan, moet aldus worden uitgelegd dat die richtlijn niet van toepassing is op derdelanders die om internationale bescherming hebben verzocht in de zin van richtlijn 2005/85/EG van de Raad van 1 december 2005 betreffende minimumnormen voor de procedures in de lidstaten voor de toekenning of intrekking van de vluchtelingenstatus, in het tijdvak tussen de indiening van dat verzoek en de vaststelling van de beslissing in eerste aanleg over dat verzoek of, in voorkomend geval, de beslechting van het eventuele beroep tegen die beslissing."

<sup>1355</sup> Art. 2, lid 3, Richtl. 2008/115/EG. Equivalente rechten inzake vrij verkeer werden enkel toegekend aan burgers van Liechtenstein, Noorwegen en IJsland in het kader van Overeenkomst over de Europese Economische Ruimte van 2 mei 1992 (*Pb.L.* 3 januari 1994, afl. 1, 3) en aan burgers van Zwitserland in het kader van de EU-Zwitserlandovereenkomst inzake vrij verkeer van 21 juni 1999 (*Pb.L.* 30 april 2002, afl. 114, 6).

<sup>1356</sup> Art. 2, lid 2, Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1357</sup> Volgens de rechtsleer dient 'het overschrijden van een buitengrens' zeer eng te worden geïnterpreteerd. Het kan niet de bedoeling zijn dat alle illegale binnenkomsten uit de werkingssfeer van de richtlijn vallen. Deze bepaling lijkt daarom eerder enkel van toepassing wanneer een persoon wordt aangehouden aan of zeer dicht bij een buitengrens, maar niet wanneer deze persoon op een later tijdstip op het grondgebied wordt aangetroffen. Ook 'strafrechtelijke sanctie' dient eng begrepen te worden. Immers, indien de lidstaten een illegale binnenkomst of verblijf steeds als een strafrechtelijke inbreuk aanzien, die met verwijdering wordt bestraft, dan zou elke illegaal verblijvende vreemdeling uit de werkingssfeer van de richtlijn kunnen worden uitgesloten, wat niet de bedoeling is van deze richtlijn. In die zin, kan 'strafrechtelijke sanctie' slechts worden begrepen in relatie met andere strafrechtelijke inbreuken dan enkel een illegale binnenkomst of verblijf. Zie hierover meer in D. ACOSTA, "The Returns Directive: Possible Limits and Interpretation", in K. ZWAAN (ed.), *The Returns Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2011, 10-11. Zie ook S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, supra noot 1110, 564-565. M. SCHIEFFER in K. HAILBRONNER (ed.), *EU Immigration and Asylum Law: Commentary*, München, C.H. Beck – Hart – Nomos, 2010, 1513.

<sup>1358</sup> Art. 4, lid 4, Richtl. 2008/115/EG.

met derde landen,<sup>1359</sup> of uit het EU-asiel- en immigratieacquis,<sup>1360</sup> of uit de nationale wetgeving.<sup>1361</sup> Vloeien de meer gunstige bepalingen voort uit de nationale wetgeving, dan dienen deze wel verenigbaar met de richtlijn te zijn.

559. De richtlijn stelt evenwel zelf ook een aantal grenzen aan de bevoegdheid van de lidstaten om een terugkeerbesluit uit te vaardigen of uit te voeren. Van belang is dat ‘terugkeer’ hier zowel betrekking heeft op een terugkeer naar het land van herkomst als naar een derde land, zoals een land van doorreis.<sup>1362</sup> In de eerste plaats herinneren artikel 1 en overwegingen 22 tot 24 eraan dat de gemeenschappelijke normen en procedures in deze richtlijn inzake de terugkeer van illegaal verblijvende derdelanders, moeten worden toegepast in overeenstemming “*met de grondrechten die de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht<sup>1363</sup> en het internationaal recht vormen,*” zoals het VN-Vluchtelingenverdrag, het VN-Kinderrechtenverdrag, het EVRM en het Handvest van de Grondrechten van de EU, “*met inbegrip van de verplichting om vluchtelingen te beschermen en mensenrechten te eerbiedigen.*” Schieffer merkt op: “*The provision clarifies that, in policy terms, this Directive is a return instrument, not a human rights instrument. However the explicit reference to relevant fundamental rights and international law obligations means that, in legal terms, it has a double nature, seeking also to ensure the necessary protection of the persons to whom it applies.*”<sup>1364</sup> In de zin dat de richtlijn een delicaat evenwicht zoekt tussen de belangen van de lidstaten en de belangen van betrokken personen, dient het rechterlijk toezicht dat wordt uitgeoefend door de nationale en Europese autoriteiten (zoals het HvJ en het EHRM) inzake de verwijdering van vreemdelingen, dan ook als een ultieme waarborg te worden gezien.<sup>1365</sup>

560. Concreet stelt de richtlijn, bij monde van een algemene waarborgclausule, dat de lidstaten bij de tenuitvoerlegging van de richtlijn rekening moeten houden met het belang van het kind, het familie- en gezinsleven, en de gezondheidstoestand van de betrokken derdelander, en dat zij alsook het non-refoulementbeginsel moeten eerbiedigen.<sup>1366</sup> Schieffer herinnert eraan: “*Like art. 1, this article does not have any regulatory element and primarily serves as means of interpretation (interpretation aid) for the implementation of the Directive by Member States. In policy terms it is an explicit reminder that the four rights listed in this provision are of particular importance to a correct application of the Directive. In legal terms, however, all Member States are already directly bound by relevant international instruments to guarantee these four rights.*”<sup>1367</sup> POLLET meent dat deze algemene waarborg nogal zwak uitvalt en dat het geen rekening houdt met de hele waaier aan

---

<sup>1359</sup> Zie bijvoorbeeld besluit nr. 1/80 van de Associatieraad onder de EU-Turkije-associatieovereenkomst van 12 september 1963 (*Pb.L.* 29 december 1964, afl. 217, 3685).

<sup>1360</sup> Het gaat hier meer bepaald om richtlijnen die voorzien in gunstigere waarborgen en de bescherming tegen verwijdering. Zie bijvoorbeeld Richtl.Raad 2003 inzake het recht op gezinshereniging (*Pb.L.* 3 oktober 2003, afl. 251, 12), Richtl.Raad 2003/109/EG, betreffende de status van langdurig ingezetenen onderdanen van derde landen (*Pb.L.* 23 januari 2004, afl. 16, 44), Richtl.Raad 2004/81/EG, betreffende de verblijfstitel die in ruil voor samenzwering met de bevoegde autoriteiten wordt afgegeven aan onderdanen van derde landen die het slachtoffer waren van mensenhandel of hulp hebben gekregen bij illegale immigratie (*Pb.L.* 6 augustus 2004, afl. 261, 19) alsook de reeds besproken Kwalificatierichtlijn 2004.

<sup>1361</sup> Art. 4, leden 1-3, Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1362</sup> Art. 3, lid 3, Richtl. 2008/115/EG. Richtl. 2004/83/EG heeft daarentegen enkel oog voor de situatie in het land van herkomst.

<sup>1363</sup> Zie art. 6, lid 3, VEU.

<sup>1364</sup> M. SCHIEFFER in K. HAILBRONNER (ed), *EU Immigration and Asylum Law: Commentary*, München, C.H. Beck – Hart – Nomos, 2010, 1509.

<sup>1365</sup> Zie in die zin J.-Y. CARLIER, “La “directive retour” et le respect des droits fondamentaux”, *L’Europe des Libertés* 2008, nr. 26, 19.

<sup>1366</sup> Art. 5 Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1367</sup> M. SCHIEFFER in K. HAILBRONNER (ed), *EU Immigration and Asylum Law: Commentary*, München, C.H. Beck – Hart – Nomos, 2010, 1521.

mensenrechten die door een verwijdering geschonden kunnen worden.<sup>1368</sup> Deze algemene waarborgclausule verhindert meer bepaald niet dat vreemdelingen in een ambigue situatie terecht kunnen komen waar ze nog steeds een terugkeerbesluit ontvangen, maar waar de vertrektermijn moet worden verlengd of de verwijdering moet worden uitgesteld omwille van mensenrechtelijke verplichtingen.

PEERS voegt hieraan toe dat dit niet de enige inhoudelijke gronden zijn waarmee lidstaten rekening dienen te houden. Indien de EU-wetgeving, nationale wetgeving of het internationaal recht andere inhoudelijke gronden bevatten waarmee rekening moet worden gehouden bij het nemen en/of uitvoeren van een terugkeerbesluit, dan hebben deze 'gunstigere bepalingen' voorrang op de Terugkeerrichtlijn.<sup>1369</sup> In de zin dat de richtlijn een delicaat evenwicht zoekt tussen de belangen van de lidstaten en de belangen van de betrokken personen, dient, volgens CARLIER, het rechterlijk toezicht dat wordt uitgeoefend door de nationale en Europese autoriteiten (zoals het HvJ en het EHRM) inzake de verwijdering van vreemdelingen, dan ook als een ultieme waarborg te worden gezien.<sup>1370</sup>

#### A. *De werkingssfeer*

561. De Terugkeerrichtlijn hanteert geen definitie van het non-refoulementbeginsel, maar verwijst in de preambule wel specifiek naar de verplichtingen onder het VN-Vluchtelingenverdrag, het EVRM en het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. Een aantal van deze internationale instrumenten werd in het voorgaande Hoofdstuk 1 van Deel 1 reeds besproken maar het is nuttig om de eerdere conclusies hier kort te herhalen.

562. Het VN-Vluchtelingenverdrag houdt een uitdrukkelijk non-refoulementbeginsel in en verbiedt de uitzetting of terugkeer van een vluchteling naar een land of gebied waar zijn leven of vrijheid wordt bedreigd op grond van ras, nationaliteit, godsdienst, politieke overtuiging of wegens het behoren tot een bepaalde sociale groep. Een vluchteling kan van de toepassing van non-refoulement worden uitgesloten wanneer er redelijke gronden zijn om hem als een gevaar voor de nationale veiligheid van het land te beschouwen of wanneer hij definitief veroordeeld werd voor een bijzonder ernstig misdrijf, en dus een gevaar vormt voor de openbare orde van het land.

563. Een refoulementverbod werd door het EHRM uit artikel 3 EVRM (het verbod op foltering, een vernederende of onmenselijke behandeling of straf) afgeleid. Het verbiedt de gedwongen verwijdering van een vreemdeling naar een land (het land van herkomst of een derde land) wanneer er zwaarwegende gronden zijn om aan te nemen dat hij een reëel risico loopt om te worden blootgesteld aan foltering, een vernederende of onmenselijke behandeling of bestraffing. Omwille van het absolute karakter van artikel 3 EVRM, functioneert de inherente verplichting tot non-refoulement als de uitbreidende/uitdijende minimumstandaard van bijkomende bescherming bij uitstek. Zoals in Hoofdstuk 1 van Deel 1 reeds werd uiteengezet, vereist het refoulementverbod geen verband met een vervolgingsgrond en geldt het verbod op refoulement ongeacht het gedrag van de vreemdeling of het gevaar dat hij kan vormen voor een verdragsluitende Staat. Uitsluiting is dus niet mogelijk, ook voor redenen van openbare orde of nationale veiligheid. Het verbod op refoulement geldt ongeacht de bron waaruit het gevaar dreigt. Het risico kan voortvloeien uit

---

<sup>1368</sup> K. POLLET, "The Negotiations on the Return Directive: Challenges, Outcomes and Lessons Learned from an NGO Perspective"; in K. ZWAAN (ed.), *The Returns Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2011, 30.

<sup>1369</sup> Zie met name art. 4, leden 1-3, Richtl. 2008/115/EG en S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, supra noot 1110, 566.

<sup>1370</sup> J.-Y. CARLIER, "La "directive retour" et le respect des droit fondamentaux", *L'Europe des Libertés* 2008, nr. 26, 19.

handelingen of nalatigheden gesteld door overheidsactoren of door niet-statelijke actoren, op voorwaarde dat de overheid daartegen geen geschikte bescherming biedt of kan bieden. Het risico kan eveneens voortvloeien uit factoren of omstandigheden waarvoor de overheden van het land van herkomst niet rechtstreeks of onrechtstreeks verantwoordelijk zijn.

Het verbod op refoulement geldt steeds wanneer er een reëel risico bestaat, ongeacht of het risico voortvloeit uit een persoonlijke karakteristiek of omstandigheid, een situatie van algemeen geweld, m.n. in uitzonderlijke omstandigheden wanneer het geweld een voldoende niveau van intensiteit heeft bereikt, of een combinatie van de twee. Tenslotte erkent het Hof dat een reëel risico eveneens bestaat wanneer de vreemdeling behoort tot een groep waartegen op systematische wijze mensenrechtenschendingen worden begaan. Het verbod op refoulement geldt steeds wanneer de betwiste behandeling een minimumniveau van hardheid heeft bereikt. Daarbij beschermt artikel 3 EVRM meer dan lijf, leden en vrijheid. Naast de fysieke integriteit, heeft men ook oog voor de menselijke waardigheid van de betrokken vreemdeling. Het non-refoulementbeginsel kan dus ook van toepassing zijn op ernstige humanitaire omstandigheden of socio-economische behandelingen en praktijken die men onmenselijk of vernederend acht. Handelingen of nalatigheden van actoren kunnen hier aan de grondslag liggen alsook factoren of omstandigheden. In dit laatste geval zal slechts een verbod op refoulement worden vastgesteld indien er zeer uitzonderlijke omstandigheden zijn waarin de humanitaire overwegingen tegen verwijdering klemmend zijn.

De interpretatie die het Hof aan het non-refoulementbeginsel geeft, leidt ertoe dat Staten een zwaardere en complexere verantwoordelijkheid hebben gekregen in het voorkomen dat een vreemdeling wordt blootgesteld aan een slechte behandeling in het land van herkomst. De omstandigheden waartegen een ontvangende Staat bescherming moet bieden ter vervanging (als substituut) van de bescherming die een land van herkomst niet kan of wil verschaffen, zijn talrijker en meer divers geworden. In slotsom is de bescherming tegen de verwijdering die wordt verleend onder artikel 3 EVRM dus breder dan de bescherming verleend onder artikel 33 VN-Vluchtelingenverdrag.<sup>1371</sup> In bepaalde mate is de individuele bescherming tegen refoulement onder artikel 3 EVRM ook ruimer dan de bescherming die wordt verleend onder de vluchtelingenstatus en de subsidiaire beschermingsstatus op grond van de Kwalificatierichtlijnen 2004 en 2011 (o.m. omdat uitsluiting niet mogelijk is en het niet enkel beschermt tegen de slechte behandeling die wordt veroorzaakt door actoren, maar ook door factoren of omstandigheden, bijvoorbeeld in het geval van ernstig zieke vreemdelingen) alsook de bescherming onder de Richtlijn Tijdelijke Bescherming (m.n. omdat uitsluiting niet mogelijk is en omdat het hier een groepsbescherming betreft die afhankelijk is van de inwerkingstelling door een besluit van de Raad).

Ook de bescherming onder andere bepalingen van het EVRM kan aanleiding geven tot een non-refoulementverbod. Dit is zeker het geval wanneer deze bepalingen absolute rechten betreffen, zoals het verbod op slavernij en dwangarbeid of het verbod op de doodstraf. Wanneer relatieve rechten in het gedrang komen bij een terugkeer naar het land van herkomst (bijvoorbeeld het recht op een eerlijk proces), dan geldt enkel een verbod op refoulement wanneer deze relatieve rechten op een flagrante wijze worden geschonden, in het bijzonder wanneer de fundamentele waarde van een relatief recht wordt geraakt.

564. Dit begrip van het non-refoulementbeginsel werd verankerd in artikel 19 Handvest ('Bescherming bij verwijdering, uitzetting en uitlevering'). Lid 2 van dit artikel 19 Handvest stelt: "*Niemand mag worden verwijderd of uitgezet naar dan wel uitgeleverd aan een staat*

---

<sup>1371</sup> EHRM 7 december 1996, nr. 25964/94, *Ahmed v. Oostenrijk*, par. 41. P. BOELES, M. DEN HEIJER, G. LODDER en K. WOUTERS, *European Migration Law*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 291.



*waarin een ernstig risico bestaat dat hij aan de doodstraf, aan folteringen of aan andere onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen wordt onderworpen.*<sup>1372</sup> Artikel 19, lid 2, Handvest moet worden geëerbiedigd voor zover de lidstaten het Unierecht ten uitvoer brengen.<sup>1373</sup>

Deze bepaling overlapt met artikel 4 Handvest ('Verbod van folteringen en van onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen') dat op zijn beurt de bewoordingen van artikel 3 EVRM letterlijk overneemt. Artikel 19, lid 2, Handvest daarentegen wijkt af van de bewoordingen in artikel 3 EVRM. Het vermeldt uitdrukkelijk de doodstraf en voorziet daardoor in een ruimere bescherming dan op eerste gezicht blijkt uit het gestelde in artikel 3 EVRM. Daarbij moet worden opgemerkt dat het EHRM niet langer uitsluit dat het opleggen van de doodstraf op zich een onmenselijke en vernederende behandeling uitmaakt.<sup>1374</sup> Het verbod in artikel 19, lid 2, betreft verder geen andere handelingen dan 'verwijdering, uitzetting of uitlevering' en vereist een 'ernstig risico', wat, volgens BATTJES, een hogere graad van voorzienbaarheid vraagt dan het 'reëel risico'-criterium onder art. 3 EVRM. Daardoor hanteert 19, lid 2, Handvest een risicocriterium dat strenger lijkt ('ernstig risico') dan het risicocriterium in artikel 3 EVRM ('reëel risico').

Volgens de toelichting bij het Handvest neemt artikel 19, lid 2, van het Handvest evenwel de relevante rechtspraak van het EHRM over met betrekking tot artikel 3 EVRM.<sup>1375</sup> BATTJES merkt terecht op dat de inhoudelijke draagwijdte van het verbod van refoulement in het Handvest onmogelijk strikter of enger kan zijn dan in het EVRM. Voor zover artikel 19 Handvest overeenstemt met de rechten die zijn gegarandeerd door het EVRM, moet de inhoud en de reikwijdte ervan immers dezelfde zijn als die welke door het EVRM worden toegekend.<sup>1376</sup> Dit betekent dat de inhoud en reikwijdte die aan artikel 3 EVRM wordt toegekend door het geheel van de rechtspraak van het EHRM, zoals in Hoofdstuk 1 van Deel 1 uiteengezet, in beginsel mee in rekening moet worden gebracht bij het nemen en uitvoeren van een terugkeerbesluit. Er moet ook rekening worden gehouden met artikel 4 Handvest ('Verbod op folteringen en onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen') dat door het Hof van Justitie werd uitgelegd als een verbod op refoulement wanneer de vreemdeling wordt teruggestuurd naar een land waar hij een reëel risico zal lopen op onmenselijke of vernederende behandelingen.<sup>1377</sup>

565. Zal deze tendens van het EHRM om ruimere en nieuwe verplichtingen tot non-refoulement in het EVRM te lezen, een invloed hebben op de toepassing van de Terugkeerrichtlijn? Hoe moeten lidstaten of hoe zal het HvJ het non-refoulementprincipe interpreteren? Vaststaat dat de Terugkeerrichtlijn geen uitdrukkelijke verwijzing maakt naar

---

<sup>1372</sup> Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, *Pb.C.* 30 maart 2010, afl. 83, 395. Volgens BATTJES streeft art. 19, lid 2, Handvest ernaar om de relevante rechtspraak van het Hof te 'incorporeren', maar de bewoording van art. 19 suggereert toch een andere draagwijdte. Art. 19 lijkt strikter te zijn: zo betreft het verbod geen andere handelingen dan 'verwijdering, uitzetting of uitlevering' en vereist het een 'ernstig risico', wat, volgens BATTJES, een hogere graad van voorzienbaarheid vraagt dan het 'reëel risico'-criterium onder art. 3 EVRM. Nochtans meent hij dat de inhoudelijke draagwijdte van het verbod van refoulement in het Handvest onmogelijk strikter of enger kan zijn dan in het EVRM. Voor zijn argumenten, zie H. BATTJES, *European Asylum Law and International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 114-116.

<sup>1373</sup> Art. 51, lid 1, Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, *Pb. C.* 30 maart 2010, afl. 83, 402.

<sup>1374</sup> EHRM 2 maart 2010, nr. 61498/08, *Al-Sadoon en Mufdhi v. Verenigd Koninkrijk*, par. 120.

<sup>1375</sup> Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten, toelichting ad artikel 19, *Pb.C.* 14 december 2007, afl. 303, 24. De toelichting is, volgens artikel 52, lid 7, Handvest, opgesteld om richting te geven aan de uitlegging van dit Handvest van de Grondrechten en dient door de rechterlijke instanties van de Unie en van de lidstaten naar behoren in acht te worden genomen.

<sup>1376</sup> Art. 52, lid 3, Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, *Pb. C.* 30 maart 2010, afl. 83, 402.

<sup>1377</sup> Zie HvJ 21 december 2011, nr. C-411/10 en C-493/10, *N.S.*, par. 106, meer bepaald "*Artikel 4 van het Handvest moet aldus worden uitgelegd dat de lidstaten, daaronder begrepen de nationale rechterlijke instanties, een asielzoeker niet aan de "verantwoordelijke lidstaat" in de zin van verordening nr. 343/2003 mogen overdragen wanneer zij niet onkundig kunnen zijn van het feit dat de fundamentele tekortkomingen van de asielprocedure en de opvangvoorzieningen voor asielzoekers in deze lidstaat ernstige, op feiten berustende gronden vormen om aan te nemen dat de asielzoeker een reëel risico zal lopen op onmenselijke of vernederende behandelingen in de zin van deze bepaling.*"

een concrete juridische bron van het non-refoulementbeginsel en het ook niet exclusief verbindt aan artikel 19, lid 2, van het Handvest, waardoor m.i. een eventuele uitgebreide lezing van het verbod op refoulement onder andere bepalingen van het EVRM ook in rekening moet worden gebracht tijdens de toepassing van deze richtlijn.<sup>1378</sup> Volgens PEERS: “*Arguably the concept should not be defined in accordance with national law, in absence of any reference to it, but rather has a EU-wide meaning, defined either by references to EU legislation, international obligations, some autonomous version of the concept or a combination of these various sources.*”<sup>1379</sup> Hij voegt in een voetnoot toe: “*However, it should be noted that the EU and relevant international sources of the principle expressly set minimum standards only, so the capacity to set higher national standards must not be prejudiced.*”<sup>1380</sup> Kortom, de non-refoulementverplichting moet worden begrepen in het licht van de evoluerende minimumstandaarden inzake refoulement in het EU- en internationaal recht, alsook in het licht van het nationaal recht, wanneer het nationaal recht hogere standaarden zet.<sup>1381</sup>

566. De richtlijn verduidelijkt immers verder de gevolgen van het in rekening brengen van bovenstaande principes. Zo somt artikel 9 een aantal omstandigheden op waar verwijdering moet of kan worden uitgesteld. Uitstel van verwijdering is met name *verplicht* wanneer de verwijdering een schending oplevert van het non-refoulementbeginsel. Van belang is dat de richtlijn ‘verwijdering’ definieert als de tenuitvoerlegging van de terugkeerverplichting, d.w.z. de fysieke verwijdering uit de lidstaat.<sup>1382</sup> De richtlijn verbiedt dus niet dat een terugkeerbesluit wordt genomen, zelfs al zou er een risico op refoulement bestaan. Integendeel, de richtlijn verplicht om een terugkeerbesluit te nemen voor elke vreemdeling (d.i. onderdaan van een derde land) die illegaal op het grondgebied van een lidstaat verblijft.<sup>1383</sup> Dit terugkeerbesluit mag evenwel niet worden uitgevoerd indien een refoulementverbod geldt. Interessant is dat het Commissievoorstel een uitdrukkelijk verbod inhield om een terugkeerbesluit uit te vaardigen wanneer o.m. het recht op non-refoulement in het gedrang kwam.<sup>1384</sup> De richtlijn voorziet nu enkel in de mogelijkheid om de verwijdering uit te stellen, maar men kan aannemen dat de lidstaten de bevoegdheid hebben om de verwijdering geheel af te laten en het bevel tot gedwongen verwijdering in te trekken.

---

<sup>1378</sup> BATTJES merkte op dat het Handvest niet verwijst naar andere verboden op refoulement dan het verbod onder art. 3 EVRM en wees naar art. 53 Handvest (‘Beschermingsniveau’) dat stelt: “*Geen der bepalingen van dit handvest mag worden uitgelegd als zou zij een beperking vormen van of afbreuk doen aan de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden welke binnen hun respectieve werkingssferen worden erkend door het recht van de Unie, het internationaal recht en de internationale overeenkomsten waarbij de Unie, de Gemeenschap of alle lidstaten partij zijn, met name het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, alsmede door de grondwetten van de lidstaten.*” H. BATTJES, *European Asylum Law and International Law*, European Asylum Law and International Law, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 115-116.

<sup>1379</sup> S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, supra noot 1110, 566.

<sup>1380</sup> S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, supra noot 1110, 566.

<sup>1381</sup> Zie art. 4, lid 3, Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1382</sup> Art. 3, lid 5, Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1383</sup> Art. 6, lid 1, Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1384</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, 1 september 2005, COM(2005) 391 definitief, 15 – art. 6, lid 3: “*In het geval dat op een lidstaat verplichtingen rusten die voortvloeien uit de grondrechten zoals die zijn vastgelegd in met name het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, zoals het recht op non-refoulement, het recht op onderwijs en het recht op eenheid van het gezin, wordt geen terugkeerbesluit uitgevaardigd. Indien in een dergelijk geval al een terugkeerbesluit is uitgevaardigd, wordt dit ingetrokken.*”

## B. De inhoud van de verleende bescherming

567. Vluchtelingen van wie de status wordt ingetrokken, beëindigd of niet verlengd omwille van het gevaar dat zij stellen voor de nationale veiligheid of openbare orde van de lidstaat, alsook vreemdelingen aan wie de vluchtelingenstatus niet wordt verleend omwille van dezelfde redenen, genieten niet enkel van een ruimer recht op non-refoulement dan neergelegd in artikelen 32 en 33 VN-Vluchtelingenverdrag, maar ook over een zekere minimumbescherming op basis van andere rechten die zijn vastgelegd in het VN-Vluchtelingenverdrag, met name de artikelen 3 (non-discriminatie), 4 (godsdienvrijheid), 16 (rechtsingang), 22 (openbaar onderwijs), 31 (illegaal verblijvende vluchtelingen) of daarmee vergelijkbare rechten, voor zover ze in de ontvangende lidstaat bestaan.<sup>1385</sup> Deze minimumbescherming geldt niet voor vluchtelingen die worden uitgesloten of waarvan de status om andere redenen wordt ingetrokken, beëindigd of niet verlengd. Het geldt ook niet voor personen die van subsidiaire bescherming worden uitgesloten of wiens subsidiairebeschermingsstatus wordt ingetrokken, beëindigd of niet verlengd om welke reden ook, inclusief redenen van openbare orde of nationale veiligheid. Niettemin zijn non-discriminatie, het recht op onderwijs, het recht op een eerlijk proces en het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel, basisrechten die vreemdelingen sowieso genieten op basis van het EVRM louter omwille van hun aanwezigheid op het grondgebied van een lidstaat als verdragsluitende Staat bij het EVRM.

568. De Terugkeerrichtlijn voorziet niet enkel in een verplicht uitstel van verwijdering wegens non-refoulement en de mogelijkheid tot uitstel van verwijdering in andere gevallen, maar stelt in artikel 14 ook een aantal waarborgen vast in afwachting van de terugkeer, behalve wanneer de betrokken personen worden vastgehouden.<sup>1386</sup> Deze waarborgen zijn de handhaving van de eenheid van het gezin indien gezinsleden op het grondgebied aanwezig zijn, het verstrekken van dringende medische zorg en het uitvoeren van de essentiële behandeling van de ziekte, het geven van toegang tot basisonderwijs voor minderjarigen, afhankelijk van de duur van het verblijf en het rekening houdend met de speciale behoeften van kwetsbare personen.<sup>1387</sup> De richtlijn gebruikt voorzichtige bewoordingen, die eerder een inspanningsverbintenis kaderen: de lidstaten zullen de bovenstaande beginselen *zoveel mogelijk* in acht nemen.<sup>1388</sup> Hoewel in overweging 12 van de preambule van de richtlijn wordt gesteld dat een regeling moet worden getroffen voor vreemdelingen die illegaal verblijven maar nog niet kunnen worden uitgezet, bepaalt overweging 12 verder enkel dat de voorziening in hun elementaire levensbehoeften volgens de nationale wetgeving dient te worden geregeld.

Advocaat-generaal Bot toont zich erg kritisch ten aanzien van deze vrijblijvendheid die de Terugkeerrichtlijn kenmerkt en hij bekritiseert de afwezigheid van enige duurzame oplossing voor niet-verwijderbare vreemdelingen: “*Si le législateur de l’Union a exprimé au considérant*

---

<sup>1385</sup> Zie art. 14, lid 6, Richtl. 2004/83/EG. Dit wil zeggen dat deze vreemdelingen wel andere rechten bepaald in het VN-Vluchtelingenverdrag verliezen, zoals de bescherming van eigendom (art. 13), recht van vereniging (art. 15), toegang tot loonarbeid (art. 17), zelfstandige beroepen (art. 18), huisvesting (art. 18), ondersteuning van overheidswege (art. 23), sociale zekerheid (art. 24), bewegingsvrijheid (art. 26) en reisdocumenten (art. 28).

<sup>1386</sup> Dan gelden de waarborgen in artikelen 15 en 16 Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1387</sup> Art. 14, lid 1, Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1388</sup> In het Commissievoorstel werd verwezen naar de Richtl. 2003/9/EC (opvangrichtlijn) als een minimumnorm waaraan de verblijfsomstandigheden van (tijdelijke) onverwijderbare personen dienen te voldoen, meer bepaald artikelen 7 (verblijf en bewegingsvrijheid), 8 (eenheid van het gezin), 9 (medisch onderzoek), 10 (onderwijs voor minderjarigen), artikel 15 (gezondheidszorg), artikelen 17 (kwetsbare personen), 18 (minderjarigen), 19 (niet-begeleide minderjarigen) en 20 (slachtoffers van foltering en geweld). Zie Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, 1 september 2005, COM(2005) 391 definitief, 19.

12 de ladite directive son intention de «régler la situation» de ces migrants, cet objectif n'est, à notre sens, que partiellement atteint, et ce pour les raisons suivantes.»<sup>1389</sup> In zijn conclusies pleit advocaat-generaal Bot ervoor dat artikel 14 Terugkeerrichtlijn zo wordt geïnterpreteerd dat wanneer een vreemdeling een beroep heeft ingediend tegen een verwijderingsmaatregel, en dit gedurende heel de beroepsprocedure, “l'État membre est tenu de garantir une prise en charge suffisante des besoins de base de l'intéressé de manière à garantir sa subsistance ainsi qu'un niveau de vie digne et adéquat pour sa santé, en lui permettant, notamment, de disposer d'un hébergement et en tenant compte, le cas échéant, de ses besoins particuliers ». Hij verwijst hiervoor naar de rechtspraak van het EHRM inzake artikel 3 EVRM, met name dat een Staat niet onverschillig en nalatig mag zijn t.a.v. een vreemdeling die niet in de mogelijkheid is om te voorzien in de meest elementaire levensbehoeften, zoals voedsel, hygiëne en huisvesting, en die zich daardoor in een situatie van ernstige ontbering en extreme armoede bevindt.<sup>1390</sup> Artikel 1 van het Handvest kan in die zin eveneens een rol spelen in de tenuitvoerlegging van de Terugkeerrichtlijn, net zoals het Hof van Justitie reeds heeft benadrukt dat de Opvangrichtlijn moet worden toegepast op een wijze dat de menselijke waardigheid van asielzoekers wordt gewaarborgd.<sup>1391</sup>

569. PEERS merkt op dat Richtlijn 2009/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2009 tot vaststelling van minimumnormen inzake sancties en maatregelen tegen werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen,<sup>1392</sup> aangenomen op basis van artikel 63, lid 3, onder b) VEG, in principe de tewerkstelling van illegaal verblijvende derdelanders verbiedt, maar niettemin toelaat dat lidstaten kunnen beslissen om dit verbod niet toe te passen op de tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen van wie de verwijdering is uitgesteld en die overeenkomstig het nationale recht mogen werken.<sup>1393</sup> Volgens PEERS is deze uitzondering zeker van toepassing op derdelanders waarvoor de Terugkeerrichtlijn voorziet in een verplichting of een mogelijkheid tot uitstel van verwijdering. Een andere interpretatie kan zijn dat “any national decision under the Returns Directive which amounts de facto to a postponement of removal (i.e. because of the absence, withdrawal, or suspension of a return decision, even if the immigration status of the person concerned is de jure irregular), also triggers the option for Member States to authorize employment under the employer sanctions Directive.”<sup>1394</sup> Hij herinnert eraan dat de werkingssfeer *rationae personae* van Richtlijn 2009/52 in elk geval ruimer is dan de Terugkeerrichtlijn, omdat er geen mogelijkheden zijn om derdelanders uit de werkingssfeer van Richtlijn 2009/52 uit te sluiten, wegens het overschrijden van een buitengrens of een strafrechtelijke sanctie, hoewel voor deze uitgesloten derdelanders ook een verplichting tot uitstel van verwijdering geldt wegens non-refoulement.<sup>1395</sup>

570. Anderzijds zijn lidstaten verplicht om onverwijderbare personen in het bezit te stellen van een schriftelijke bevestiging, overeenkomstig de nationale wetgeving, van het feit dat het terugkeerbesluit voorlopig niet zal worden uitgevoerd.<sup>1396</sup> De verantwoording hiervoor is het verschaffen van de mogelijkheid aan onverwijderbare vreemdelingen om bij administratieve

<sup>1389</sup> Zie de kritiek van advocaat-generaal Bot in zijn conclusies bij zaak nr. C-562/13, *Abida*, par. 128 e.v.

<sup>1390</sup> Zie EHRM 18 juni 2009, nr. 45603/05, *Budina v. Rusland* (onontvankelijkheidsbeslissing) met verwijzing naar EHRM 23 april 2002, nr. 56869/00, *Larioschina v. Rusland* (onontvankelijkheidsbeslissing); EHRM, 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. Griekenland en België*.

<sup>1391</sup> HvJ 27 september 2012, C-179/11, *GISTI* en HvJ 27 februari 2014, C-79/13, *Saciri*.

<sup>1392</sup> Richtl.Parl. en Raad 2009/52/EG, 18 juni 2009 tot vaststelling van minimumnormen inzake sancties en maatregelen tegen werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen, *Pb.L.* 30 juni 2009, afl. 168, 24.

<sup>1393</sup> Art. 3 lid 3 Richtl. 2009/52. Zie S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, supra noot 1110, 572-573.

<sup>1394</sup> S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, supra noot 1110, 573.

<sup>1395</sup> Zie art. 4 lid 4 Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1396</sup> Art. 14 lid 2 Richtl. 2008/115/EG.

controles of inspecties een bewijs van hun specifieke situatie te kunnen leveren.<sup>1397</sup> Dit is een belangrijke praktische waarborg, aldus POLLET: “*It provides third country nationals in those situations with legal certainty as to their presence on the territory vis-à-vis all authorities and may therefore prevent unnecessary confusion and facilitate access to basis social and economic rights pending return.*”<sup>1398</sup> De richtlijn geeft aan dat de lidstaten, wat de concrete invulling van deze schriftelijke bevestiging betreft, over een ruime mate van beleidsvrijheid beschikken.<sup>1399</sup> De richtlijn bepaalt dus niet verder de vorm en inhoud van deze schriftelijke bevestiging.

571. Indien de verwijdering wordt uitgesteld, dan kunnen de lidstaten aan de betrokken derdelander een aantal verplichtingen opleggen om het risico op onderduiken te beperken, bijvoorbeeld door een meldingsplicht, het stellen van financiële zekerheid, het voorleggen van documenten of verblijf op een bepaalde plaats eisen.<sup>1400</sup>

572. Onverwijderbaarheid is echter niet steeds een tijdelijk fenomeen. In het bijzonder wanneer de verwijdering werd uitgesteld op grond van een non-refoulementverplichting, is het niet steeds vanzelfsprekend dat het hier slechts een tijdelijk beletsel tot verwijdering betreft. In elk geval, de verplichting om een terugkeerbesluit te nemen t.a.v. elke illegaal verblijvende vreemdeling, ook al zou een non-refoulementverplichting kunnen gelden, kan deze personen in een limbosituatie doen verzeilen.

De Terugkeerrichtlijn moedigt lidstaten aan om een regeling te treffen voor illegaal verblijvende derdelanders die nog niet kunnen worden uitgezet.<sup>1401</sup> Het opent ook een aantal perspectieven omdat het de lidstaten toelaat te allen tijde in schrijnende gevallen, om humanitaire of om andere redenen, te beslissen een derdelander die illegaal op hun grondgebied verblijft een zelfstandige verblijfsvergunning of een andere vorm van toestemming tot verblijf te geven.<sup>1402</sup> In dat geval wordt geen terugkeerbesluit uitgevaardigd en indien een terugkeerbesluit al is uitgevaardigd, dan wordt het ingetrokken of opgeschort voor de duur van de geldigheid van de verblijfsvergunning of een andere vorm van toestemming tot legaal verblijf.

573. Sommigen argumenteren dat artikel 6 de lidstaten slechts twee opties geeft: ofwel wordt een terugkeerbesluit uitgevaardigd en uitgevoerd, ofwel wordt een verblijfsvergunning afgeleverd. Bij een nadere lezing van het artikel blijkt echter dat de lidstaten niet uitdrukkelijk worden verplicht om een einde te stellen aan een zgn. limbosituatie, m.a.w. om de onverwijderbare personen in het bezit te stellen van een verblijfsvergunning. De Terugkeerrichtlijn stelt enkel: “*De lidstaten kunnen te allen tijde*” regulariseren. Er is in de EU-wetgeving geen recht op regularisatie voor derdelanders, noch zijn er geharmoniseerde inhoudelijke of procedurele regels in de EU-wetgeving vastgelegd.

---

<sup>1397</sup> Zie overweging nr. 12 Preamble Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1398</sup> K. POLLET, “The Negotiations on the Return Directive: Challenges, Outcomes and Lessons Learned from an NGO Perspective”; in K. ZWAAN (ed.), *The Returns Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2011, 32.

<sup>1399</sup> Overweging nr. 12 Preamble Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1400</sup> Art. 9 lid 3 en art. 7 lid 3 Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1401</sup> Overweging nr. 12 Preamble Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1402</sup> Art. 6 lid 4 Richtl. 2008/115/EG. In het Commissievoorstel was deze paragraaf verbonden aan een voorafgaande paragraaf die lidstaten verbood om een terugkeerbesluit uit te vaardigen wanneer het recht op non-refoulement, het recht op onderwijs of het recht op de eenheid van het gezin in het gedrang kwam. Zo reikte het COM-voorstel een meer duurzame oplossing aan voor derdelanders die niet verwijderd kunnen worden, meer bepaald de regularisatie van hun verblijf. Zie Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, 1 september 2005, COM(2005) 391 definitief, 15.

In 2008 vermeldde de Europese Commissie in een mededeling inzake een gemeenschappelijk immigratiebeleid, meer bepaald in het kader van een doeltreffende bestrijding van illegale immigratie, het volgende: *“Ongedifferentieerde en grootschalige regularisatie van illegale immigranten is op de lange termijn geen doeltreffend instrument voor migratiebeheer en moet worden voorkomen. Bij al deze beleidsmaatregelen moeten de waardigheid en de fundamentele rechten en vrijheden van de betrokkenen ten volle worden geëerbiedigd.”*<sup>1403</sup> De Europese Commissie pleitte er dan ook voor om een gemeenschappelijke aanpak van regularisatie te ontwikkelen, met minimumvereisten voor vroegtijdige gegevensuitwisseling.<sup>1404</sup> Immers, hoewel grootschalige en ongedifferentieerde regularisaties van illegaal verblijvende immigranten moeten worden vermeden,<sup>1405</sup> moeten, aldus de Europese Commissie, individuele regularisaties op basis van eerlijke en transparante criteria mogelijk blijven.<sup>1406</sup>

Het Europees pact inzake Immigratie en Asiel dat door de Raad werd aangenomen, riep op om in het kader van de nationale wetgeving, om humanitaire of economische redenen, individuele gevallen te regulariseren en niet over te gaan tot algemene regularisaties.<sup>1407</sup> Het oorspronkelijk voorstel om algemene regularisaties te verbieden werd aldus afgezwakt. Dit Pact is voorts niet juridisch bindend, maar het weerspiegelt wel het engagement van de lidstaten om hun immigratiebeleid op elkaar af te stemmen en collectieve regularisaties zoveel mogelijk te vermijden, omdat deze worden beschouwd als contra-productief voor een effectief terugkeerbeleid. Niettemin wordt terzelfdertijd erkend dat individuele regularisaties op nationaal niveau een geldig en onontbeerlijk element zijn van een migratiebeleid.

Het Stockholm-meerjarenprogramma vermeldt enkel dat er een betere uitwisseling van informatie moet zijn over de nationale ontwikkelingen op regularisatiegebied, zodat er samenhang is met de beginselen van het Europees pact inzake Immigratie en Asiel. Het Actieplan van de Europese Commissie ter implementatie van het Stockholmprogramma vermeldt verder echter niets over dit voornemen.<sup>1408</sup>

574. Van belang is dat onder artikel 3 EVRM en de daarbij horende rechtspraak van het EHRM er geen recht op verblijf kan worden afgedwongen.<sup>1409</sup> Regularisatie blijft dus een

<sup>1403</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de regio's inzake een gemeenschappelijk immigratiebeleid voor Europa: beginselen, maatregelen en instrumenten, 17 juni 2008, COM(2008) 359 definitief, 12.

<sup>1404</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de regio's inzake een gemeenschappelijk immigratiebeleid voor Europa: beginselen, maatregelen en instrumenten, 17 juni 2008, COM(2008) 359 definitief, 15.

<sup>1405</sup> Beschikking van de Raad van 5 oktober 2006 betreffende de instelling van een mechanisme voor wederzijdse informatie over maatregelen van de lidstaten op het gebied van asiel en immigratie, *Pb.L.* 14 oktober 2006, afl. 283, 40, verplicht wel dat lidstaten de Commissie en andere lidstaten in kennis stellen van informatie over de maatregelen die zij voornemens zijn om aan te nemen of recentelijk aangenomen hebben op het gebied van asiel en immigratie, voor zover deze maatregelen algemeen beschikbaar zijn en aanzienlijke gevolgen kunnen hebben voor diverse lidstaten of voor de EU als geheel. Collectieve regularisatie is daarvan een voorbeeld. Het zijn evenwel de lidstaten die verantwoordelijk zijn voor de beoordeling van de vraag of hun nationale maatregelen aanzienlijke gevolgen kunnen hebben.

<sup>1406</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de regio's inzake een gemeenschappelijk immigratiebeleid voor Europa: beginselen, maatregelen en instrumenten, 17 juni 2008, COM(2008) 359 definitief, 14.

<sup>1407</sup> Raad van de Europese Unie, Europees migratie- en asielpact, Brussel 24 september 2008, Raadsdocument nr. 13440/08 limite ASIM 72. S. CARRERA en E. GUILD “The French Presidency's European Pact on immigration and asylum: intergovernmentalism vs. Europeanisation?”, CEPS policy brief no. 170, september 2008, [www.ceps.eu](http://www.ceps.eu), 10p.

<sup>1408</sup> Europese Commissie, Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de regio's, 20 april 2010, COM(2010) 171 definitief.

<sup>1409</sup> In de zaak *Bonger*, die handelde over de situatie van een niet-verwijderbare vreemdeling uitgesloten van de vluchtelingenstatus, klaagde de vreemdeling de ontzegging van een verblijfsstatus aan. Hij voerde aan dat dit een schending van zijn mensenrechten en menselijke waardigheid inhield omdat hij niet volwaardig kon deelnemen aan de Nederlandse samenleving. Het Hof stelde evenwel duidelijk dat het EVRM geen recht op verblijf waarborgt: *“to the extent that the applicant also complains that he is denied a residence permit for as long as he is not expelled, the*

prerogatief van de lidstaten. De richtlijn verduidelijkt dat de gronden waarop lidstaten kunnen regulariseren niet-exhaustief zijn ('om andere redenen'), waardoor het lijkt of de mogelijkheden om een illegaal verblijf te regulariseren ruimer zijn dan de mogelijkheden om een verwijdering uit te stellen. Regularisatie kan op elk tijdstip plaatsvinden. De lidstaten kunnen ervoor kiezen om regularisatie te beperken tot bepaalde categorieën van vreemdelingen, of een collectieve regularisatie te organiseren, dan wel enkel op individuele basis te regulariseren. De regularisatie kan leiden tot een onbeperkt of beperkt verblijf, naargelang de keuze van de lidstaat.

De erkenning op EU niveau dat er een noodzaak bestaat op nationaal niveau om op individuele basis te regulariseren is des te meer relevant voor die vreemdelingen die niet verwijderd kunnen worden. Een tijdelijke of onbeperkte regularisatie van hun verblijf is dan een meer duurzame en efficiënte manier om hun fundamentele rechten en menselijke waardigheid in de praktijk te eerbiedigen, zoals terecht wordt opgemerkt in het rapport "*Point of no return: The Futile Detention of Unreturnable Migrants*".<sup>1410</sup>

Tenslotte moet worden opgemerkt dat niets lidstaten in de weg staat om bepalingen aan te nemen of te handhaven die gunstiger zijn voor niet-verwijderbare vreemdelingen, zolang deze bepalingen verenigbaar zijn met de richtlijn.<sup>1411</sup>

Desondanks de preciaire situatie van niet-verwijderbare vreemdelingen, bevestigde het HvJ in de zaak *Mahdi* dat de Terugkeerrichtlijn niet tot een regeling strekt van de verblijfsvoorwaarden op het grondgebied van een lidstaat van illegaal verblijvende derdelanders ten aanzien van wie een terugkeerbesluit niet kan of niet kon worden uitgevoerd. Het HvJ verwijst naar artikel 6, lid 4, van de richtlijn en naar overweging 12 van de preambule waarin te lezen staat dat de lidstaten aan illegaal verblijvende derdelanders, die nog niet kunnen worden uitgezet, een schriftelijke bevestiging van hun situatie dienen af te geven. Aangaande de concrete invulling van deze schriftelijke bevestiging beschikken de lidstaten over een ruime mate van beleidsvrijheid.

Met betrekking tot de concrete situatie waar een nationale rechter een vreemdeling in vrijheid stelt wegens het ontbreken van een redelijk vooruitzicht op verwijdering in de zin van artikel 14, lid 4, van deze richtlijn, geeft het Hof aan dat de Terugkeerrichtlijn een lidstaat niet ertoe kan verplichten aan een derdelander die niet over identiteitsdocumenten beschikt en die dergelijke documenten niet van zijn land van herkomst heeft verkregen, een zelfstandige verblijfsvergunning of een andere vorm van toestemming tot verblijf te verstrekken. In een dergelijk geval moet die lidstaat deze derdelander echter wel een schriftelijke bevestiging van zijn situatie verstrekken.<sup>1412</sup>

### *C. De toegang tot bescherming tegen refoulement*

575. Het beëindigen van het illegaal verblijf van derdelanders moet volgens een billijke en transparante procedure verlopen, d.w.z. ze moeten in het bezit worden gesteld van een terugkeerbesluit. Overeenkomstig de algemene beginselen van de EU, moeten beslissingen die op grond van de Terugkeerrichtlijn worden genomen, per geval worden vastgesteld en op objectieve criteria berusten, ze mogen zich niet beperken tot het louter feit van het illegaal verblijf.<sup>1413</sup> Kortom, een terugkeerbesluit alsook een bevel tot gedwongen verwijdering mogen

---

*Court considers that this complaint must be rejected for being incompatible ratione materiae as neither Article 3 nor any other provision of the Convention and its Protocols guarantees, as such, a right to a residence permit.*" Zie EHRM 15 september 2005, nr. 10154/04, *Bonger v. Nederland* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>1410</sup> Te consulteren op <http://pointofnoreturn.eu>

<sup>1411</sup> Art. 4 lid 4 Richtl. 2008/114/EG.

<sup>1412</sup> HvJ 5 juni 2014, C-146/14 PPU, *Mahdi*, par. 86 e.v.

<sup>1413</sup> Overweging nr. 6 Richtl. 2008/115/EG.

enkel worden genomen op basis van een individueel onderzoek. Deze terugkeerbesluiten moeten gemotiveerd zijn en dus de feitelijke en de rechtsgronden vermelden op basis waarvan ze worden genomen.<sup>1414</sup>

576. Van belang m.b.t. een gedwongen verwijdering is om de rechtspraak inzake artikel 3 EVRM te betrekken en meer bepaald de positieve verplichting om een wettelijk en administratief kader met voldoende waarborgen tegen refoulement te voorzien alsook de procedurele verplichting tot een nauwgezet onderzoek naar en zinvolle beoordeling van het bestaan van een reëel risico op refoulement.<sup>1415</sup> Deze opmerking geldt des te meer voor derdelanders die uit de werkingssfeer van de richtlijn worden uitgesloten (overschrijden van de buitengrens/strafrechtelijke sanctie)<sup>1416</sup> en waaraan in principe geen terugkeerbesluit moet worden overhandigd, maar die aanspraak kunnen maken op bescherming tegen refoulement en uitstel van verwijdering.<sup>1417</sup> Zoals Cavinato stelt, “*From a practical point of view it will be very difficult for those falling outside the scope of the Directive to claim protection and demonstrate that their return may violate the non-refoulement principle.*”<sup>1418</sup>

577. De hoofdelementen uit de beslissingen, die schriftelijk worden uitgevaardigd, moeten worden vertaald op verzoek, in een taal die de betrokken persoon begrijpt of redelijkerwijze geacht kan worden te begrijpen. De lidstaten kunnen besluiten om zo’n vertaling niet te voorzien wanneer de betrokken persoon illegaal op het grondgebied heeft verbleven en geen toestemming of recht heeft gekregen om er te blijven. In dat geval moeten lidstaten wel een standaardformulier uitreiken, opgesteld volgens de nationale wetgeving, waarvan de belangrijkste elementen in ten minste vijf talen, die het meest worden gebruikt of het best worden begrepen door de migranten die de betrokken lidstaat binnenkomen, worden toegelicht.<sup>1419</sup> Er wordt gevreesd dat het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel door deze uitzondering kan worden ondermijnd. Het gebruik van standaardformulieren mag het recht op een terugkeerbesluit dat gebaseerd is op een individuele beoordeling en objectieve criteria niet ondermijnen.<sup>1420</sup>

578. Er moet ook informatie worden verstrekt over de rechtsmiddelen die tegen het terugkeerbesluit openstaan. Immers, aan de betrokken vreemdeling wordt een doeltreffend rechtsmiddel bij een bevoegde onafhankelijke en onpartijdige autoriteit of instantie, bijvoorbeeld een rechterlijke of administratieve autoriteit, toegekend dat hij kan aanwenden tegen een terugkeerbesluit.<sup>1421</sup>

579. Deze autoriteit of instantie is bevoegd om zowel het terugkeerbesluit als het besluit tot gedwongen verwijdering te ‘herzien’. Uit de combinatie van artikelen 12 en 13 van de richtlijn

---

<sup>1414</sup> Art. 12 lid 1 Richtl. 2008/115/EG. De informatie over feitelijke gronden mag worden beperkt indien de nationale wetgeving voorziet in een beperking van het recht op informatie, met name ter vrijwaring van de nationale veiligheid, de landsverdediging, de openbare veiligheid, dan wel met het oog op het voorkomen, onderzoeken, opsporen en de vervolging van strafbare feiten.

<sup>1415</sup> Zie Hoofdstuk 1 van Deel 1 voor een samenvatting van deze beginselen in EHRM 11 oktober 2011, nr. 46390/10, *Auad v. Bulgarije*, par. 99.

<sup>1416</sup> Art. 2 lid 2 Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1417</sup> Art. 4 lid 4 en art. 9 lid 1 (a) Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1418</sup> M. CAVINATO, “Principles of the Returns Directive and the Lack of Procedural Guarantees”, in K. ZWAAN (ed.), *The Returns Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2011, 51.

<sup>1419</sup> Art. 12, leden 3-4 Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1420</sup> S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, supra noot 1110, 575; M. CAVINATO, “Principles of the Returns Directive and the Lack of Procedural Guarantees”, in K. ZWAAN (ed.), *The Returns Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2011, 49 en K. POLLET, “The Negotiations on the Return Directive: Challenges, Outcomes and Lessons Learned from an NGO Perspective”, in K. ZWAAN (ed.), *The Returns Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2011, 34.

<sup>1421</sup> Art. 13 lid 1 Richtl. 2008/115/EG.



zou men kunnen afleiden dat een herziening van het terugkeerbesluit of het besluit tot gedwongen verwijdering, een herziening betreft van de feitelijke gronden én de rechtsgronden waarop het aangevochten besluit is gebaseerd. De vraag stelt zich wat de juiste omvang is van de vereiste rechterlijke toetsing.

Artikel 13 van de Terugkeerrichtlijn moet in elk geval worden begrepen in het licht van artikel 47 van het Handvest, dat onder meer refereert naar artikel 13 EVRM. In dit kader houdt een herziening alleszins in dat er een aandachtig, volledig en strikte onderzoek wordt gevoerd naar elke grief op grond waarvan er redenen bestaan om aan te nemen dat er mogelijk een schending van artikel 3 EVRM dreigt. Er kan worden geargumenteed dat een rechterlijke herziening van de feitelijke gronden en de rechtsgronden, in het licht van artikel 47 van het Handvest en artikel 13 EVRM, noopt tot een rechterlijke *ex nunc* toetsing.

De vraag stelt zich verder hoe beperkt of hoe vol de rechterlijke toetsing naar de feitelijke/inhoudelijke gronden van het bestreden terugkeerbesluit moet zijn.<sup>1422</sup> Houdt een “herziening” in dat de rechter de zaak aan geheel nieuw onderzoek moet onderwerpen waarbij hij zijn eigen oordeel in de plaats mag stellen van deze van het bestuur? Of voldoet een meer terughoudende rechterlijke controle, bijvoorbeeld in het kader van een redelijkheidstoets? Deze vragen zijn voorlopig nog niet beantwoord. In elk geval bepaalt de preambule van de Terugkeerrichtlijn dat lidstaten zelf moeten bepalen of het besluit tot herziening van terugkeerbesluiten inhoudt dat de rechterlijke instantie die tot herziening besluit zelf de bevoegdheid heeft het terugkeerbesluit ter vervanging van het vroegere besluit te nemen. Een hervormingsbevoegdheid is dus geen vereiste.

580. De autoriteit of instantie die bevoegd is om terugkeerbesluiten te ‘herzien’, kan eveneens de uitvoering ervan tijdelijk opschorten, tenzij op grond van de nationale wetgeving reeds een tijdelijke opschorting van toepassing is.<sup>1423</sup> De richtlijn verduidelijkt verder dat de verwijdering verplicht wordt uitgesteld voor de duur van de toegestane opschorting van het betrokken terugkeerbesluit, tijdens de behandeling van het beroep tegen dat besluit.<sup>1424</sup> De richtlijn verplicht dus niet te voorzien in een automatisch schorsend beroep; het schorsend karakter van het beroep is een loutere optie.<sup>1425</sup>

Advocaat-generaal Bot argumenteert evenwel dat de finaliteit van de Terugkeerrichtlijn en de eerbiediging van de grondrechten in het Handvest, met name artikelen 1, 2, 3, 4, 19, lid 2, en 47, vereisen dat vreemdelingen beschikken over een automatisch schorsend beroep tegen een verwijderingsmaatregel.<sup>1426</sup> Het valt nog af te wachten of het HvJ hem daarin zal volgen.

Ook hier moet erop worden gewezen dat derdelanders die uit de werkingssfeer van de richtlijn worden gehouden, in principe geen aanspraak kunnen maken op de rechtsmiddelen voorzien in de Terugkeerrichtlijn, maar wel nog steeds aanspraak kunnen maken op een daadwerkelijk rechtsmiddel zoals voorzien in artikel 13 EVRM en uitgewerkt door de rechtspraak van het EHRM.

581. De betrokken persoon heeft recht op juridisch advies, vertegenwoordiging in recht en, indien nodig, taalkundige bijstand. Wat betreft de beschikbaarheid van de rechtsbijstand, gelden dezelfde regels als in de Asielprocedurerichtlijn 2005.<sup>1427</sup>

---

<sup>1422</sup> Zie in die zin. J.-Y. CARLIER, “La “directive retour” et le respect des droit fondamentaux”, *L’Europe des Libertés* 2008, nr. 26, 17.

<sup>1423</sup> Art. 13 lid 2 Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1424</sup> Art. 9 lid 1 (b) Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1425</sup> Vergelijk met Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, 1 september 2005, COM(2005) 391 definitief, 18.

<sup>1426</sup> Zie conclusies van advocaat-generaal Bot in zaak nr. C-562/13, *Abida*, par. 103-127.

<sup>1427</sup> Art. 13, leden 3 en 4 Richtl. 2008/115/EG.

582. De richtlijn onderstreept dat het als legitiem wordt erkend dat lidstaten vreemdelingen die illegaal op hun grondgebied verblijven, verplichten terug te keren, mits er billijke en efficiënte asielstelsels zijn, die het beginsel van non-refoulement volledig respecteren.<sup>1428</sup>

PEERS stelt de vraag of een lidstaat zou kunnen argumenteren dat een volledig afgehandelde asielprocedure die leidt tot een negatieve beslissing, een lidstaat vrijstelt van de non-refoulementverplichting onder de Terugkeerrichtlijn, wanneer de lidstaat aanvoert dat deze non-refoulementverplichting reeds werd beoordeeld in het kader van de asielprocedure.<sup>1429</sup>

M.i. moet deze vraag negatief worden beantwoord. Zoals reeds aangetoond, zijn er aantal beschermingsnoden m.b.t. het land van herkomst die door het non-refoulementbeginsel, zoals begrepen in het kader van het EVRM en de daarbij horende rechtspraak, worden beantwoord, maar niet door de Kwalificatierichtlijnen 2004 en 2011. Ook al werd een asielaanvraag negatief beoordeeld in de asielprocedure, dan stelt dit een lidstaat niet vrij om bij het nemen van een terugkeerbesluit en het uitvoeren van een gedwongen verwijdering na te gaan of er andere beschermingsnoden zijn die een terugkeer naar het land van herkomst beletten. Daarenboven dient te worden onderstreept dat de nood aan internationale bescherming in het licht van de Kwalificatierichtlijnen 2004 en 2011 enkel wordt onderzocht t.a.v. het land van herkomst of gewoonlijk verblijf, maar niet t.a.v. derde landen. In bepaalde gevallen kan het land van herkomst of gewoonlijk verblijf niet afdoende worden vastgesteld en vindt er geen onderzoek naar de nood aan internationale bescherming plaats. Daarnaast hoeft een gedwongen verwijdering niet altijd te gebeuren naar het land van herkomst. Afhankelijk van de omstandigheden kan een gedwongen verwijdering evenzeer plaatsvinden naar een derde land, en dient er bij een verdedigbare grief evenzeer een mogelijkheid zijn tot een nauwkeurig onderzoek van een eventuele schending van artikel 3 EVRM in dat derde land. Tenslotte kunnen er nog altijd beschermingsnoden aanwezig zijn die niet zozeer verbonden zijn met het land van herkomst, maar wel met het kwetsbaar profiel van de betrokkene en/of de omstandigheden in het land van ontvangst.

---

<sup>1428</sup> Overweging nr. 8 Preamble Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1429</sup> S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, supra noot 1110, 566.

## Afdeling 2. De Unierechtelijke standaarden inzake interne bescherming

583. De EU biedt in bepaalde mate ook bescherming aan vreemdelingen omwille van omstandigheden die veeleer verbonden zijn met de individuele omstandigheden van de vreemdeling op het grondgebied van lidstaten zelf, eerder dan met omstandigheden in hun land van herkomst.

Het proefschrift concentreert zich op de situatie van vreemdelingen die zich op het grondgebied van een lidstaat bevinden, maar die niet of niet meer voldoen aan de wettelijke binnenkomst- en verblijfsvoorwaarden van de geijkte migratiekanalen zoals volgmigratie of economische migratie. Een lidstaat beschikt over de bevoegdheid om vreemdelingen, meer nog, een lidstaat heeft zelfs, aldus de Terugkeerrichtlijn, de plicht om een vreemdeling die niet (meer) aan de binnenkomst- of verblijfsvoorwaarden voldoet, van het grondgebied te verwijderen, tenzij deze verwijdering een schending inhoudt van fundamentele rechten die de vreemdeling op het grondgebied van de lidstaat zelf geniet.

Zoals eerder gesteld, bestaan er humanitaire redenen of omstandigheden die binnen een mensenrechtelijk beschermingskader vallen, zoals situaties waarin een vreemdeling, tijdens een regelmatig of illegaal verblijf, toch een nauwe band met een lidstaat of een inwoner van een lidstaat heeft opgebouwd. Een verwijdering van het grondgebied kan in zo'n situaties leiden tot een aantasting van de rechten en vrijheden in het EVRM die een vreemdeling op het grondgebied van de ontvangende Staat zelf geniet.

## **§ 1. De interne bescherming omwille van een gezins- en/of privéleven in de lidstaat**

584. In dit onderdeel onderzoek ik of en in welke mate de EU-wetgeving op grond van een gezinsleven of privéleven bescherming biedt aan een illegaal verblijvende vreemdeling of aan een vreemdeling wiens legaal verblijf wordt beëindigd of aan wie verblijf wordt geweigerd. Het is van belang op te merken dat er geen algemeen instrument bestaat in de EU-wetgeving die zo'n situatie op alomvattende wijze beantwoordt. Het is immers niet zo dat voor een dergelijke situatie een specifiek EU-geharmoniseerd beschermingsstatuut bestaat, dat een bepaalde werkingssfeer kent, dat de inhoud van de bescherming bepaalt en dat de toegang tot die bescherming voorziet. Wel wordt zo'n situatie op beperkte en gedeeltelijke wijze door verschillende relevante instrumenten van de EU-wetgeving benaderd.

585. Hierbij beperk ik me wat betreft het gezinsleven tot het gezinsleven van een derdelander met een andere derdelander in een lidstaat. Het gezinsleven dat een derdelander zou kunnen hebben met een EU-burger, en de rechten die hieruit mogelijk kunnen voortvloeien, worden hier niet besproken.<sup>1430</sup> Deze afbakening wordt ingegeven door het feit dat binnen de Unierechtelijke orde er een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen EU-onderdanen en derdelanders. In het Unierecht worden EU-onderdanen niet zozeer als 'vreemdelingen' beschouwd, maar wel als EU-burgers. Dit EU-burgerschap alsook het recht op vrij verkeer en verblijf voor EU-onderdanen maakt dat op EU-onderdanen een heel eigen juridische orde van toepassing is, die buiten het onderzoeksvoorwerp van dit proefschrift valt.<sup>1431</sup> Rechten inzake de gezinshereniging tussen een derdelander en een EU-burger, ongeacht of deze EU-burger zijn recht van vrij verkeer heeft uitgeoefend, worden eerder vanuit het EU-burgerschap en/of het recht op vrij verkeer en verblijf benaderd dan vanuit het recht op de eerbiediging van het gezinsleven.<sup>1432</sup>

---

<sup>1430</sup> Voor literatuur hierover zie o.m. S. SAROLEA, "Le droit au regroupement de famille. La famille à l'épreuve de la migration. Migrer ou vivre en famille... faut-il choisir?" in M.-C. FOBLETS, D. VANHEULE en M. MAES (eds.), *Migratie- en migrantenrecht deel 14, Dertig jaar Vreemdelingenwet*, Brugge, die Keure, 2011, 363-384; H. TONER, *Partnership Rights, Free Movement and EU Law*, Oxford, Hart Publishing, 2004, 286 p.; N. CAMBIEN, "Het vrij verkeer van burgers van de Unie in recente Europese rechtspraak: rethinking the classics?", in M.-C. FOBLETS, D. VANHEULE, en M. MAES (eds.), *Migratie- en migrantenrecht deel 14, Dertig jaar vreemdelingenrecht*, Brugge, die Keure, 461-503; N. CAMBIEN, "Omgekeerde discriminatie bij gezinshereniging", *T.Vreemd.* 2011, 241-252 en S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, supra noot 1110, 408-415 voor een beknopte samenvatting van de relevante rechtspraak van het Hof van Justitie omtrent gezinshereniging van derdelanders met EU-burgers, alsook P. VAN NUFFEL, "Having 'The Law' Observed. The Role Played by the European Court of Justice in the Application of EU and International Law towards Third-Country Nationals", in M. MAES, M.-C. FOBLETS, Ph. DE BRUYCKER, D. VANHEULE en J. WOUTERS (eds.), *External Dimensions of EU Migration and Asylum Law and Policy*, Brussel, Bruylant, 2011, 89-117.

<sup>1431</sup> Zie artikelen 20 en 21 VWEU en Richtl.Raad nr. 2004/38/EG, 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van de Richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG, *Pb.L.* 30 april 2004, afl. 158.

<sup>1432</sup> Zie evenwel HvJ 8 november 2012, C-40/11, *Yoshikazu Iida*: Buiten de situaties die vallen onder richtlijn 2004/38/EG en wanneer er evenmin een ander aanknopingspunt met de Unierechtelijke bepalingen inzake het burgerschap bestaat, kan een onderdaan van een derde land geen aanspraak maken op een verblijfsrecht dat is afgeleid van een burger van de Unie. In HvJ 15 november 2011, C-256/11, *Dereci*, par. 70-73 herinnerde het Hof eraan dat artikel 7 van het Handvest, betreffende de eerbiediging van het privéleven en het familie- en gezinsleven, rechten bevat die overeenstemmen met degene die worden gewaarborgd door artikel 8, lid 1, van het EVRM en dat dus aan artikel 7 van het Handvest dezelfde inhoud en reikwijdte dient te worden toegekend als aan artikel 8, lid 1, van het EVRM, zoals uitgelegd in de rechtspraak van het EHRM. Het Hof wees er evenwel op dat de bepalingen van het Handvest, krachtens artikel 51, lid 1 ervan, enkel tot de lidstaten zijn gericht wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen. Krachtens lid 2 van diezelfde bepaling breidt het Handvest de werkingssfeer van het recht van de Unie niet verder uit dan de bevoegdheden van de Unie reiken, schept het geen nieuwe bevoegdheden voor de Unie, noch wijzigt het de in de Verdragen omschreven bevoegdheden en taken. Het Hof moet dus het recht van de Unie binnen de grenzen van de daaraan toegekende bevoegdheden, in het licht van het Handvest uitleggen. Indien men van oordeel is dat een bepaalde zaak onder het recht van de Unie valt, zal de rechter moeten onderzoeken of de

Om het relevante EU-kader in kaart te brengen en in het licht van bovengemaakte opmerkingen, zal dit onderdeel van het proefschrift noodzakelijkerwijze op een andere manier worden opgebouwd dan de voorgaande onderdelen van dit Hoofdstuk 2 van Deel 1.

#### A. De bescherming tegen verwijdering

586. In de eerste plaats is het gezinsleven en/of privéleven een factor die bij het nemen en/of uitvoeren van een terugkeerbesluit in overweging moet worden genomen. De gemeenschappelijke normen en procedures uit de Terugkeerrichtlijn moeten door de lidstaten immers worden toegepast overeenkomstig de grondrechten die de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht en het internationaal recht vormen.<sup>1433</sup> Als zodanig worden in de richtlijn de grondrechten en de beginselen in acht genomen die met name in het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie worden erkend.<sup>1434</sup> De preambule bepaalt concreet dat *“Overeenkomstig het Verdrag van 1989 van de Verenigd naties inzake de rechten van het kind dienen de lidstaten bij de uitvoering van deze richtlijn het belang van het kind voorop te stellen. Overeenkomstig het Europees verdrag van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden dienen de lidstaten bij uitvoering van deze richtlijn de eerbiediging van het gezinsleven voorop te stellen.”*<sup>1435</sup>

Krachtens artikel 51, lid 1, Handvest, dienen de lidstaten bij de uitvoering van de Terugkeerrichtlijn rekening te houden met artikel 7 van het Handvest, dat stelt *“Eenieder heeft recht op eerbiediging van zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn communicatie.”* Volgens de toelichtingen bij het Handvest corresponderen deze rechten met de rechten die in artikel 8 EVRM zijn gewaarborgd. Conform artikel 52, lid 3, heeft dit recht dezelfde inhoud en reikwijdte als het recht in de daarmee corresponderende bepaling van het EVRM.<sup>1436</sup> Daarnaast dienen lidstaten bij alle handelingen die kinderen betreffen, krachtens artikel 24 Handvest, de belangen van het kind als ‘de’ eerste overweging nemen. Bijgevolg houden lidstaten, krachtens artikel 5 Terugkeerrichtlijn, bij de tenuitvoerlegging van de richtlijn concreet rekening met het belang van het kind en het familie- en gezinsleven.<sup>1437</sup> Opmerkelijk genoeg verwijst de Terugkeerrichtlijn in deze bepaling niet naar het recht op de eerbiediging van het privéleven dat onder artikel 8 EVRM en artikel 7 Handvest ook wordt beschermd.

587. Zoals eerder besproken kan de verwijdering uit een Staat een schending vormen van het recht op de eerbiediging van het gezinsleven en privéleven onder artikel 8 EVRM, afhankelijk van de omvang van de gevolgen ervan op het privé- en gezinsleven van de vreemdeling en de betrokken gezinsleden. Hoewel Staten over een zekere beleids marge beschikken wegens hun prerogatief op de migratiecontrole, moet een billijke afweging worden gemaakt tussen de concurrerende belangen van de individuele betrokkenen, enerzijds, en de belangen van de samenleving als geheel, anderzijds.

---

ontzegging van een verblijfsrecht aan deze laatste, het recht op eerbiediging van hun privéleven en familie- en gezinsleven in de zin van artikel 7 van het Handvest aantast. Wanneer hij daarentegen van oordeel is dat de genoemde situatie niet binnen de werkingssfeer van het recht van de Unie valt, zal hij dit onderzoek in het licht van artikel 8, lid 1 van het EVRM moeten verrichten. Er moet immers aan worden herinnerd dat alle lidstaten partij zijn bij het EVRM, dat in artikel 8 het recht op eerbiediging van het privéleven en het familie- en gezinsleven verzekerd.

<sup>1433</sup> Art. 1 Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1434</sup> Overweging nr. 24 Preambule Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1435</sup> Overweging nr. 22 Preambule Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1436</sup> Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten, toelichting ad artikel 19, *Pb.C.* 14 december 2007, afl. 303, 24. De toelichting is volgens artikel 52, lid 7, Handvest, opgesteld om richting te geven aan de uitlegging van dit Handvest van de Grondrechten en dient door de rechterlijke instanties van de Unie en van de lidstaten naar behoren in acht te worden genomen.

<sup>1437</sup> Art. 5 Richtl. 2008/115/EG.

In het Commissievoorstel werden criteria aangereikt om deze afweging te maken, meer bepaald de aard en de hechtheid van de familiebanden van de betrokken derdelanders, de duur van het verblijf in de lidstaat en het bestaan van familiebanden en sociale en culturele banden met het land van herkomst, zoals afgeleid uit de relevante rechtspraak van het EHRM, maar deze bepaling werd niet in rekening gebracht tijdens de Raadsonderhandelingen.<sup>1438</sup> Voorts voorzag het Commissievoorstel dat als er op een lidstaat verplichtingen rusten die voortvloeien uit de grondrechten zoals die zijn vastgesteld in het EVRM, zoals het recht op de eenheid van het gezin, er geen terugkeerbesluit werd uitgevaardigd. Indien een terugkeerbesluit reeds was uitgevaardigd, dan diende dit te worden ingetrokken. Ook deze bepalingen werden niet in rekening gebracht tijdens de Raadsonderhandelingen.<sup>1439</sup>

588. Het blijft dus voor lidstaten mogelijk om een terugkeerbesluit uit te vaardigen, meer nog, ze moeten dat, op grond van de Terugkeerrichtlijn, zelfs doen indien de derdelander illegaal op het grondgebied verblijft, ondanks het feit dat er elementen aanwezig zijn die wijzen op een gezinsleven of privéleven.<sup>1440</sup> De Terugkeerrichtlijn bepaalt wel dat lidstaten, zo nodig, de termijn die voorzien is voor een vrijwillig vertrek verlengen met een passende periode waarbij rekening wordt gehouden met de specifieke omstandigheden van het individuele geval, zoals de verblijfsduur of het bestaan van andere gezinsbanden en sociale banden.<sup>1441</sup> De vermelding van 'sociale banden' lijkt te verwijzen naar het bestaan van een privéleven. Indien er een risico op onderduiken bestaat, of een aanvraag van een verblijfsvergunning als kennelijk ongegrond dan wel frauduleus afgewezen is, of indien de betrokken vreemdeling een gevaar vormt voor de openbare orde, openbare veiligheid of de nationale veiligheid, kunnen de lidstaten evenwel afzien van het toekennen van een termijn voor vrijwillig vertrek, of een termijn toekennen die korter is dan zeven dagen.<sup>1442</sup>

589. Het waarborgen van de eenheid van het gezin of van het privéleven wordt daarentegen niet uitdrukkelijk vermeld als een mogelijke grond voor een uitstel van verwijdering. Niettemin stelt de richtlijn dat lidstaten op grond van de specifieke omstandigheden de verwijdering in een individueel geval voor een passende termijn *kunnen* uitstellen.<sup>1443</sup> Er wordt een aantal situaties opgesomd, maar deze opsomming is niet exhaustief, gelet op het gebruik van het woord 'met name'. Gelet op de verplichtingen van lidstaten onder het VN-Kinderrechtenverdrag, m.n. het belang van het kind als eerste overweging, en artikel 8 EVRM, alsook de rechtspraak van het EHRM, en gelet op de mogelijkheid voor lidstaten om gunstiger bepalingen te handhaven of vast te stellen,<sup>1444</sup> zolang deze verenigbaar zijn met de richtlijn, kan worden aangenomen dat een uitstel van verwijdering omwille van een gezinsleven of privéleven/sociale banden toegelaten is en/of in het nationaal recht kan worden voorzien. De verlenging van de termijn voor een vrijwillig vertrek omwille van het bestaan van een gezinsleven of sociale banden is echter verplicht, waar het uitstel van vertrek enkel optioneel is.

---

<sup>1438</sup> Zie Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, 1 september 2005, COM(2005) 391 definitief, 15.

<sup>1439</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, 1 september 2005, COM(2005) 391 definitief, 15 – art. 6 lid 3: "In het geval dat op een lidstaat verplichtingen rusten die voortvloeien uit de grondrechten zoals die zijn vastgelegd in met name het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, zoals het recht op non-refoulement, het recht op onderwijs en het recht op eenheid van het gezin, wordt geen terugkeerbesluit uitgevaardigd. Indien in een dergelijk geval al een terugkeerbesluit is uitgevaardigd, wordt dit ingetrokken."

<sup>1440</sup> Art. 6 lid 1 Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1441</sup> Art. 7, leden 1 en 2, Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1442</sup> Art. 7 lid 4 Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1443</sup> Art. 9 lid 2 Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1444</sup> Art. 4 lid 3 Richtl. 2008/115/EG.

590. Wanneer de vertrektermijn wordt verlengd omwille van de verblijfsduur, het bestaan van gezinsbanden of sociale banden of een uitstel van verwijdering om redenen van gezins- of privéleven wordt verleend, dan zijn de lidstaten verplicht om deze (tijdelijk) onverwijderbare personen in het bezit te stellen van een schriftelijke bevestiging, overeenkomstig de nationale wetgeving, van het feit dat de termijn voor een vrijwillige terugkeer werd verlengd of van het feit dat het terugkeerbesluit voorlopig niet zal worden uitgevoerd.<sup>1445</sup>

In deze situaties gelden ook een aantal beginselen in afwachting van een terugkeer, die de lidstaten zoveel mogelijk in acht nemen, behalve wanneer de betrokken personen worden vastgehouden<sup>1446</sup>, meer bepaald de handhaving van de eenheid van het gezin indien gezinsleden op het grondgebied aanwezig zijn, het verstrekken van dringende medische zorg en het uitvoeren van de essentiële behandeling voor een ziekte, het geven van toegang tot basisonderwijs voor minderjarigen, afhankelijk van de duur van hun verblijf en het rekening houden met de speciale behoeften van kwetsbare personen.<sup>1447</sup> Voorts is het in principe de bevoegdheid van de lidstaten om te voorzien in de elementaire levensbehoeften van onverwijderbare personen volgens de nationale wetgeving.<sup>1448</sup> In dit kader moet rekening worden gehouden met de rechtspraak van het EHRM inzake artikel 3 EVRM, met name dat een Staat niet onverschillig en nalatig mag zijn t.a.v. een vreemdeling die niet in de mogelijkheid is om te voorzien in de meest elementaire levensbehoeften, zoals voedsel, hygiëne en huisvesting, en zich daardoor in een situatie van ernstige ontbering en extreme armoede bevindt.<sup>1449</sup>

591. Indien verwijdering wordt uitgesteld of de termijn voor vrijwillige terugkeer werd verlengd, dan kunnen lidstaten aan de betrokken derdelander een aantal verplichtingen opleggen om het risico op onderduiken te beperken, bijvoorbeeld door een meldingsplicht, het stellen van financiële zekerheid, het voorleggen van documenten of verblijf op een bepaalde plaats eisen.<sup>1450</sup>

De Terugkeerrichtlijn beperkt de verlenging van de termijn voor vrijwillige terugkeer of het uitstel van verwijdering niet in tijd, m.a.w. er wordt geen maximumtermijn opgelegd. Onverwijderbaarheid is echter niet steeds een tijdelijk fenomeen en er kan voor het gezins- of privéleven van de vreemdeling een verder verblijf in de lidstaat nodig zijn.

### *B. De mogelijkheid tot verblijf*

592. Kan een illegaal verblijvende vreemdeling of een vreemdeling wiens verblijf wordt beëindigd en die niet verwijderd kan worden omdat het disproportionele gevolgen zou hebben voor het gezinsleven of het privéleven van de vreemdeling, zich op het Unierecht beroepen om op grond van dit gezinsleven of privéleven toegelaten te worden tot een verblijf of zijn verblijf verder te zetten? In hoeverre wordt de uitoefening van het gezinsleven of het privéleven als grond voor een eerste verblijf of een voortgezet verblijf onder het Unierecht beschermd?

---

<sup>1445</sup> Art. 14 lid 2 Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1446</sup> Dan gelden de waarborgen in artikelen 15 en 16 Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1447</sup> Art. 14 lid 1 Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1448</sup> Overweging nr. 12 Preambule Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1449</sup> EHRM 18 juni 2009, nr. 45603/05, *Budina v. Rusland* (onontvankelijkheidsbeslissing) met verwijzing naar EHRM 23 april 2002, nr. 56869/00, *Larioshina v. Rusland* (onontvankelijkheidsbeslissing) en EHRM, 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. Griekenland en België*. Zie ook de hierboven besproken verwijzing van PEERS naar artikel 13 lid 3 van Richtl.Parl. en Raad 2009/52/EG, 18 juni 2009 tot vaststelling van minimumnormen inzake sancties en maatregelen tegen werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen, waarin wordt gesteld dat lidstaten kunnen beslissen om het verbod op tewerkstelling niet toe te passen op illegaal verblijvende onderdanen van derde landen van wie de verwijdering is uitgesteld en die overeenkomstig het nationale recht mogen werken.

<sup>1450</sup> Art. 9 lid 3 en art. 7 lid 3 Richtl. 2008/115/EG.

Ik bekijk hierbij of het gezinsleven of privéleven van een illegaal verblijvende vreemdeling aanleiding kan geven tot een eerste verblijf of een voortgezet verblijf.

#### a.) Het eerste verblijf

593. Er bestaat geen specifieke EU-wetgeving waarin een verblijfsrecht wordt toegekend omwille van een privéleven dat werd uitgebouwd tijdens een illegaal of precair verblijf. De Terugkeerrichtlijn laat niettemin toe dat lidstaten te allen tijde in schrijnende gevallen, om humanitaire of om andere redenen, kunnen beslissen om een derdelander die illegaal op hun grondgebied verblijft een zelfstandige verblijfsvergunning of een andere vorm van toestemming tot verblijf te geven.<sup>1451</sup> In dat geval wordt geen terugkeerbesluit uitgevaardigd en indien een terugkeerbesluit al is uitgevaardigd, dan wordt het ingetrokken of opgeschort voor de duur van de geldigheid van de verblijfsvergunning of een andere vorm van toestemming tot legaal verblijf. Het al dan niet toekennen van een verblijfsrecht of het regulariseren van een illegaal verblijf, blijft echter in deze specifieke situatie een exclusieve soevereine bevoegdheid van lidstaten.

Er dient evenwel te worden gewezen op de eventuele positieve verplichting die volgt uit artikel 8 EVRM om een vreemdeling op het grondgebied toe te laten en/of er te laten verblijven zodat een privéleven (verder) kan worden uitgeoefend op het grondgebied van die Staat wanneer er zeer uitzonderlijke omstandigheden aanwezig zijn. Voorts dient er op te worden gewezen dat de aanhoudende weigering van een verblijfsvergunning aan een vreemdeling of het gebrek aan een juridische en/of verblijfstatus van vreemdelingen die een privéleven hebben uitgebouwd in een verdragsluitende Staat en die, door het onthouden van een verblijfsvergunning of door het gebrek aan een juridische status, zich in een precaire en onzekere situatie bevinden, in bepaalde gevallen aanleiding kan geven tot een positieve verplichting onder artikel 8 EVRM.<sup>1452</sup>

594. Wanneer een vreemdeling tijdens een illegaal of precair verblijf een gezinsleven aanvat en uitbouwt, dan zal dit, in het licht van artikel 8 EVRM en de rechtspraak daaromtrent, slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden aanleiding geven tot een positieve verplichting onder artikel 8 EVRM.<sup>1453</sup> Ook hier kan worden verwezen naar de Terugkeerrichtlijn die toelaat dat lidstaten te allen tijde in schrijnende gevallen, om humanitaire of om andere redenen, kunnen beslissen om een derdelander die illegaal op hun grondgebied verblijft een zelfstandige verblijfsvergunning of een andere vorm van toestemming tot verblijf te geven.<sup>1454</sup> Daarenboven kan ook Richtlijn 2003/86/EG van de Raad van 22 september 2003 inzake het recht op gezinshereniging, aangenomen op basis van artikel 63, lid 3, VEG (hierna: gezinsherenigingsrichtlijn), een zekere rol spelen. Deze richtlijn heeft tot doel om

---

<sup>1451</sup> Art. 6 lid 4 Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1452</sup> Zie EHRM 16 juni 2005, nr. 60654/00, *Sisojeva e.a. v. Letland (I)*; EHRM 15 januari 2007, nr. 60654/00, *Sisojeva e.a. v. Letland (II)*, par. 89-104 (schrapping). Zie eveneens EHRM 7 december 2007, nr. 58822/00, *Shevanova v. Letland (schrapping)* en EHRM 7 december 2007, nr. 59643/00, *Kaftailova v. Letland (schrapping)*; EHRM 13 juli 2010 en 26 juni 2012, nr. 26828/06, *Kuric v. Slovenië*, alsook EHRM 30 juli 2013, nr. 33169/10, *Polidario v. Zwitserland*.

<sup>1453</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM 1 januari 2006, nr. 50435/99, *Rodrigues Da Silva en Hoogkamer v. Nederland* en EHRM 28 juni 2011, nr. 55597/09, *Núñez v. Noorwegen*.

<sup>1454</sup> Art. 6 lid 4 Richtl. 2008/115/EG. In het Commissievoorstel was deze paragraaf verbonden aan een voorafgaande paragraaf die lidstaten verbood om een terugkeerbesluit uit te vaardigen wanneer het recht op non-refoulement, het recht op onderwijs en het recht op de eenheid van het gezin in het gedrang kwam. Zo reikte het COM-voorstel een meer duurzame oplossing aan voor derdelanders die niet verwijderd kunnen worden, meer bepaald de regularisatie van hun verblijf. Zie Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, 1 september 2005, COM(2005) 391 definitief, 15.



voorwaarden voor de toelating en een verblijf vast te stellen inzake de gezinshereniging van derdelanders.<sup>1455</sup>

595. ‘Gezinshereniging’ wordt gedefinieerd als de toegang tot en het verblijf in een lidstaat van de gezinsleden van een wettig in die lidstaat verblijvende derdelander, ongeacht of de gezinsband tot stand is gekomen voor of na de komst van degene die in de lidstaat verblijft.<sup>1456</sup> De richtlijn is dus van toepassing op zowel de gezinshereniging als gezinsvorming.<sup>1457</sup> Deze richtlijn past in de doelstelling van een Europese ruimte van vrijheid, veiligheid en recht waarin er wordt gezorgd voor een billijke behandeling van derdelanders die legaal op het grondgebied van de lidstaten verblijven en de instelling van een krachtiger integratiebeleid dat erop gericht moet zijn om hen de rechten en verplichtingen te verlenen die vergelijkbaar zijn met die van de EU-burgers. Volgens de richtlijn is gezinshereniging een noodzakelijk middel om een gezinsleven mogelijk te maken en draagt het bij tot de vorming van een sociaal-culturele stabiliteit die de integratie van derdelanders in de lidstaten bevordert. Bovendien biedt het de mogelijkheid om de economische en sociale samenhang te versterken.

De Gezinsherenigingsrichtlijn legt daarom gemeenschappelijke criteria vast inzake de gezinshereniging, hoewel het meer gunstige bepalingen onverlet laat die voortvloeien uit bilaterale en multilaterale overeenkomsten tussen de Gemeenschappen of de Gemeenschap en de lidstaten, enerzijds, en derde landen, anderzijds, of uit het Europees Sociaal Handvest en het Europees Verdrag inzake de rechtspositie van migrerende werknemers alsook uit het nationaal recht. Wanneer meer gunstige bepalingen voortvloeien uit het nationaal recht is het niet vereist dat deze verenigbaar zijn met de richtlijn.<sup>1458</sup>

596. De werkingssfeer van de richtlijn is strikt omschreven. Het heeft wel enkel betrekking op de hereniging van derdelanders met een *derdelander* die *wettig* in de EU-lidstaat verblijft. De richtlijn is dus niet van toepassing op de gezinsleden van een EU-burger, ongeacht of deze zijn recht op vrij verkeer heeft uitgeoefend of niet.<sup>1459</sup> Daarnaast laat de richtlijn toe dat er formele voorwaarden worden opgelegd m.b.t. het wettig verblijf van de gezinshereniger. Hij moet namelijk in het bezit zijn van een verblijfstitel door een lidstaat afgegeven met een geldigheidsduur van één jaar of langer en reden hebben om te verwachten dat hem een permanent verblijfsrecht zal worden toegekend.<sup>1460</sup> Gezinsherenigers die een internationale, tijdelijke of een andere bescherming aanvragen of hebben gekregen, vallen buiten de werkingssfeer van de richtlijn, met uitzondering van derdelanders die als vluchteling werden

---

<sup>1455</sup> Richtl. Raad 2003/86/EG, 22 september 2003 inzake het recht op gezinshereniging, *Pb.L.* 3 oktober 2003, afl. 251, 12. Zie voor een evaluatie van de nationale implementatie van deze richtlijn Commissie van de Europese Gemeenschappen, Verslag van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement betreffende de toepassing van richtlijn 2003/86/EG inzake het recht op gezinshereniging, 8 oktober 2008, COM(2008) 610 definitief. Met het oog op de evaluatie en de herziening, indien nodig, die door de Raad in het Stockholmprogramma werd gevraagd (zie Europese Raad, Het Programma van Stockholm: een open en veilig Europa ten dienste en ter bescherming van de burger, *Pb.C.* 4 mei 2010, afl. 115, 30), lanceerde de Commissie een groenboek op basis waarvan een openbare raadpleging wordt ondernomen. Afhankelijk van de uitkomst zal de Commissie besluiten of het EU-beleid moeten worden bijgesteld. Zie Europese Commissie, Groenboek inzake het recht op gezinshereniging van onderdanen van derde landen die in de Europese Unie verblijven (Richtlijn 2003/86/EG), 15 november 2011, COM(2011) 735 definitief. Voor meer literatuur over deze richtlijn zie o.m. P. BOELES, “Directive on Family Reunification: Are the Dilemmas Resolved?”, *EJML* 2001, 61-71; R. CHOLEWINSKI, “Family Reunification and Conditions Placed on Family Members: Dismantling a Fundamental Human Right?” *EJML* 2002, 271-290; K. GROENENDIJK, “Family Reunification as a Right under Community Law”, *EJML* 2006, 215-230; H. TONER, “The Family Reunification Directive: A Tool Preserving Member State Interest or Conducive to Family Unity?”, in A. BALDACCINI, E. GUILD en H. TONER (eds), *Whose Freedom, Security and Justice?*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 451-488; K. GROENENDIJK, R. FERNHOUT, D. VAN DAM, R. VAN OERS en T. STRIK, *The Family Reunification Directive in EU Member States: The First Year of Implementation*, 2007, 85 p.

<sup>1456</sup> Art. 2 (d) Richtl. 2003/86/EG.

<sup>1457</sup> Zie hierover ook HvJ 4 maart 2010, nr. C-578/08, *Chakroun*, par. 66.

<sup>1458</sup> Art. 3, leden 4 en 5, Richtl. 2003/86/EG.

<sup>1459</sup> Art. 3 lid 3 Richtl. 2003/86/EG.

<sup>1460</sup> Art. 3 lid 1 Richtl. 2003/86/EG.

erkend.<sup>1461</sup> De lidstaten kunnen bovendien een wachttermijn instellen voordat gezinsleden zich bij de vreemdeling kunnen voegen.<sup>1462</sup>

De leden van het kerngezin, m.n. de echtgenoot en minderjarige ongehuwde kinderen, komen in aanmerking voor gezinshereniging en moeten toestemming krijgen tot de toegang en het verblijf op het grondgebied van de lidstaat.<sup>1463</sup> De lidstaten mogen wel een minimumleeftijd hanteren t.a.v. gezinshereniger en echtgenoot, alvorens de hereniging wordt toegelaten en dit met het oog op het verbeteren van de integratie en het voorkomen van gedwongen huwelijken.<sup>1464</sup>

De lidstaten hebben voorts de mogelijkheid om andere gezinsleden, zoals ten laste komende ouders, meerderjarige niet-gehuwde kinderen die wegens hun gezondheidstoestand niet in staat zijn om voor zichzelf te zorgen, alsook ongehuwde levenspartners en hun kinderen, tot hereniging en verblijf op het grondgebied toe te laten.<sup>1465</sup>

597. Wat betreft de gezinsleden van de gezinshereniger, specificeert de richtlijn dat het moet gaan om “*onderdanen van een derde land met ongeacht welke status*”.<sup>1466</sup> Dit is een belangrijke zinsnede, want, aldus HAILBRONNER, de rechtsstatus van de gezinsleden is irrelevant.<sup>1467</sup> Volgens HAILBRONNER betekent dit dat de richtlijn van toepassing is voor de Europese Commissie ongeacht of de gezinsleden buiten de lidstaat verblijven of met een andere status in een lidstaat verblijven, zij het als asielzoeker of uitgeprocedeerde asielzoeker, of genieten van tijdelijke bescherming alsook wanneer ze illegaal in de lidstaat verblijven.<sup>1468</sup>

598. Lidstaten kunnen materiële voorwaarden opleggen en vragen dat de gezinshereniger bewijzen levert inzake geschikte huisvesting, een ziektekostenverzekering, stabiele en regelmatige inkomsten alsook een bewijs van te voldoen aan de integratievoorwaarden.<sup>1469</sup> Tenslotte kunnen lidstaten een verzoek tot gezinshereniging afwijzen bijvoorbeeld omwille van redenen van openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid, omdat er sprake is van een schijnhuwelijk of fraude, of omdat de gezinsband enkel werd aangegaan om een verblijf te bekomen in de lidstaat.<sup>1470</sup> Van belang is dat voor vluchtelingen meer soepele voorwaarden gelden.<sup>1471</sup> Ook voor gezinsleden van derdelanders die houder zijn van een Europese blauwe kaart, gelden een aantal soepeldere voorwaarden inzake gezinshereniging, dan die voorzien zijn in de Gezinsherenigingsrichtlijn, die voor het overige van toepassing is op gezinshereniging met houders van een Europese blauwe kaart.<sup>1472</sup>

599. In beginsel moet de aanvraag van gezinshereniging worden ingediend en behandeld wanneer de gezinsleden buiten het grondgebied van de lidstaat van verblijf van de gezinshereniger verblijven. De richtlijn laat echter toe dat in ‘passende gevallen’ lidstaten *kunnen* aanvaarden dat een verzoek wordt ingediend wanneer de gezinsleden zich reeds op het grondgebied bevinden. In het eerste Commissievoorstel werd enkel verwezen naar

---

<sup>1461</sup> Art. 3 lid 2 Richtl. 2003/86/EG.

<sup>1462</sup> Art. 8 Richtl. 2003/86/EG.

<sup>1463</sup> Art. 4 lid 1 Richtl. 2003/86/EG. Met betrekking tot geadopteerde kinderen of kinderen waarover het ouderlijk gezag wordt gedeeld, gelden een aantal specifieke bepalingen.

<sup>1464</sup> Art. 4 lid 5 Richtl. 2003/86/EG.

<sup>1465</sup> Art. 4, leden 2 en 3, Richtl. 2003/86/EG.

<sup>1466</sup> Art. 3 lid 1 Richtl. 2003/86/EG.

<sup>1467</sup> K. HAILBRONNER (ed.), *EU Immigration and Asylum Law: Commentary*, München, C.H. Beck – Hart – Nomos, 2010, 183.

<sup>1468</sup> Zie ook Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van de Raad inzake het recht op gezinshereniging, 1 december 1999, COM(1999) 258, 13.

<sup>1469</sup> Art. 7 Richtl. 2003/86/EG.

<sup>1470</sup> Art. 6 en 16 Richtl. 2003/86/EG.

<sup>1471</sup> Art. 9-12 Richtl. 2003/86/EG.

<sup>1472</sup> Zie art. 15 Richtl. Raad 2009/50/EC, 25 mei 2009, betreffende de voorwaarden voor toegang en verblijf van onderdanen van derde landen met het oog op een hooggekwalificeerde baan, *Pb.L.* 18 juni 2009, afl. 155, 7.

‘bijzondere gevallen of humanitaire gronden’,<sup>1473</sup> maar op vraag van een aantal lidstaten werd deze afwijkende bepaling ruimer omschreven zodat meer flexibiliteit mogelijk is.<sup>1474</sup> Het begrip ‘passende gevallen’ wordt niet verder omschreven, maar PEERS stelt dat dit begrip niet strikt mag worden geïnterpreteerd, aangezien de richtlijn tot doel heeft om de gezinshereniging te faciliteren.<sup>1475</sup> Ook HAILBRONNER meent: “*The test of ‘appropriate circumstances’, however, does not indicate a high threshold.*”.<sup>1476</sup> Het omschrijft, aldus HAILBRONNER, enkel een ruime discretionaire bevoegdheid in hoofde van de lidstaten. Elke redelijke overweging om een verzoek te aanvaarden dat op het grondgebied wordt ingediend is voldoende om een afwijking te rechtvaardigen.<sup>1477</sup> Waar een verzoek tot gezinshereniging wordt ingediend op het grondgebied tijdens een illegaal verblijf, kan dit verzoek worden aanvaard indien het afdwingen van de verplichting om het verzoek in het buitenland in te dienen, gelijk zou staan met een onredelijke last in hoofde van de verzoeker. Aangezien het toegelaten is dat lidstaten meer gunstige bepalingen hanteren, waarbij niet is vereist dat deze verenigbaar zijn met de richtlijn, kan worden aangenomen dat de lidstaten vrij zijn om verzoeken tot gezinshereniging die op het grondgebied worden gemaakt, steeds te aanvaarden.<sup>1478</sup> Evenwel gaat het hier enkel om een mogelijkheid: de lidstaten zijn niet verplicht om een verzoek tot gezinshereniging op het grondgebied te aanvaarden, terwijl in het eerste Commissievoorstel er wel een verplichting bestond om verzoeken tot gezinshereniging, ingediend op het grondgebied, te aanvaarden wanneer er sprake was van bijzondere gevallen of humanitaire gronden.<sup>1479</sup> Het verzoek moet worden vergezeld van documenten waaruit de gezinsband blijkt, documenten waaruit blijkt dat aan eventuele materiële vereisten is voldaan alsook van gewaarmerkte afschriften van de reisdocumenten van de gezinsleden.

600. Het Europees Parlement stelde een beroep tot nietigverklaring in van een aantal bepalingen van de richtlijn, met name artikel 4, lid 1, laatste alinea (*standstill*-clausule op basis waarvan lidstaten kunnen nagaan of een kind van boven de twaalf jaar, dat onafhankelijk van de rest van het gezin aankomt, voldoet aan een wettelijk vastgelegd integratiecriterium, alvorens toestemming tot toegang en verblijf te geven); artikel 4, lid 6, (*standstill*-clausule op basis waarvan lidstaten kunnen verlangen dat de verzoeken om gezinshereniging met betrekking tot minderjarige kinderen worden ingediend voordat deze kinderen 15 jaar oud zijn) en artikel 8 (het opleggen van een wachttermijn), omdat deze bepalingen de grondrechten niet zouden eerbiedigen, met name het recht op een gezinsleven en het recht op non-discriminatie.<sup>1480</sup>

In de zaak *Parlement v. Raad*, herinnerde het Hof van Justitie eraan dat artikel 8 EVRM deel uitmaakt van de grondrechten die volgens de vaste rechtspraak van het Hof in de communautaire rechtsorde worden beschermd.<sup>1481</sup> Het Hof verwees uitgebreid naar de

<sup>1473</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van de Raad inzake het recht op gezinshereniging, 1 december 1999, COM(1999) 258, 19: “*waarvan bijvoorbeeld sprake kan zijn bij een kind wiens enige ouder de gezinshereniger is en dat dus niet naar het land van herkomst kan worden teruggestuurd.*”

<sup>1474</sup> Zie de verwijzing in K. HAILBRONNER (ed.), *EU Immigration and Asylum Law: Commentary*, München, C.H. Beck – Hart – Nomos, 2010, 213, naar Raadsdocument nr. 7612/01, Outcome of the proceedings of the Strategic Committee on Immigration, Frontiers and Asylum of 29 and 30 March 2001. Zie Commissie van de Europese Gemeenschappen, Gewijzigd voorstel voor een richtlijn van de Raad inzake het recht op gezinshereniging, 2 mei 2002, COM(2002) 225 definitief, 8.

<sup>1475</sup> S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, *supra* noot 1110, 465.

<sup>1476</sup> K. HAILBRONNER (ed.), *EU Immigration and Asylum Law: Commentary*, München, C.H. Beck – Hart – Nomos, 2010, 213.

<sup>1477</sup> K. HAILBRONNER (ed.), *EU Immigration and Asylum Law: Commentary*, München, C.H. Beck – Hart – Nomos, 2010, 213.

<sup>1478</sup> Zie in deze zin eveneens S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, *supra* noot 1110, 465.

<sup>1479</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van de Raad inzake het recht op gezinshereniging, 1 december 1999, COM(1999) 258, 31.

<sup>1480</sup> HvJ 27 juni 2006, nr. C-540/03, *Parlement v. Raad*, par. 30.

<sup>1481</sup> HvJ 27 juni 2006, nr. C-540/03, *Parlement v. Raad*, par. 52.

rechtspraak van het EHRM omtrent artikel 8 EVRM maar benadrukte dat artikel 8 EVRM, artikelen 7 en 24 Handvest, noch het VN-Kinderrechtenverdrag, waarnaar wordt verwezen in de Gezinsherenigingsrichtlijn, een subjectief recht scheppen voor gezinsleden om op grond van gezinshereniging tot een grondgebied te worden toegelaten en er te verblijven.<sup>1482</sup> Het Hof onderlijnde dat deze bepalingen niet mogen uitgelegd als zouden zij de lidstaten een zekere beoordelingsmarge ontzeggen bij het onderzoek van de verzoeken om gezinshereniging.

Volgens het Hof gaat de Gezinsherenigingsrichtlijn echter verder dan artikel 8 EVRM, aangezien artikel 4, lid 1, van de richtlijn precieze verplichtingen oplegt aan de lidstaten waaraan duidelijk omschreven subjectieve rechten beantwoorden. Daardoor zijn de lidstaten verplicht om, in de door de richtlijn vastgestelde gevallen, de gezinshereniging van de leden van het kerngezin van de gezinshereniger toe te staan zonder dat de lidstaten hier hun beoordelingsmarge kunnen uitoefenen.<sup>1483</sup> In de mate dat de betwiste bepalingen uit de richtlijn afwijkingen of uitzonderingen voorzien op artikel 4, lid 1, doen deze bepalingen daarentegen, volgens het Hof, evenwel niet meer dan de beoordelingsmarge van de lidstaten gedeeltelijk te handhaven.<sup>1484</sup> Het Hof verwierp bijgevolg het beroep ingesteld door het Parlement.<sup>1485</sup>

Wel onderlijnde het Hof dat binnen deze beoordelingsmarge, artikel 8 EVRM de lidstaten verplicht om in iedere feitelijke situatie de betrokken belangen af te wegen.<sup>1486</sup> Het uitsluiten van een persoon uit een land waar zijn naaste verwanten wonen, kan een inmenging zijn in het recht op de eerbiediging van het gezinsleven. De daadwerkelijke eerbiediging van het gezinsleven kan in dergelijke gevallen dan negatieve verplichtingen met zich brengen, m.n. het niet verwijderen, alsook positieve verplichtingen, m.n. de verplichting een persoon toe te laten op het grondgebied en er te laten verblijven. Daarbij moet in het bijzonder rekening worden gehouden met de belangen van minderjarige kinderen, zoals verzekerd door artikel 5, lid 5, Gezinsherenigingsrichtlijn.<sup>1487</sup> De Europese Commissie heeft aangegeven dat het hier een horizontale dwingende bepaling betreft.<sup>1488</sup>

---

<sup>1482</sup> HvJ 27 juni 2006, nr. C-540/03, *Parlement v. Raad*, par. 59.

<sup>1483</sup> HvJ 27 juni 2006, nr. C-540/03, *Parlement v. Raad*, par. 60. Zie ook overweging nr. 9 Preambule Richtl. 2003/86/EG.

<sup>1484</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ 27 juni 2006, nr. C-540/03, *Parlement v. Raad*, par. 62.

<sup>1485</sup> M.K. BULTERMAN, "Gezinsherenigingsrichtlijn houdt stand voor Hof van Justitie: Hof bindt gezinnen én de lidstaten", *NTER* 2006, 205-211.

<sup>1486</sup> HvJ 27 juni 2006, nr. C-540/03, *Parlement v. Raad*, par. 59 en 62.

<sup>1487</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ 27 juni 2006, nr. C-540/03, *Parlement v. Raad*, par. 63. Ten dezen is het van belang om te wijzen op het arrest van het HvJ 6 december 2012, gevoegde zaken C-356/11 en C-357/11, *O. en S.*, waarin het volgende wordt overwogen:

"78. De lidstaten moeten immers niet alleen hun nationale recht conform het Unierecht uitleggen, maar er ook op toezien dat zij zich niet baseren op een uitlegging van een tekst van afgeleid recht die in conflict zou komen met de door de rechtsorde van de Unie beschermde grondrechten (zie arresten *Parlement/Raad*, punt 105, en *Detiček*, punt 34).

79. Het is juist dat de artikelen 7 en 24 van het Handvest, die de nadruk leggen op het belang van het gezinsleven voor het kind, niet aldus mogen worden uitgelegd dat zij de lidstaten de beoordelingsmarge zouden ontzeggen bij het onderzoek van verzoeken om gezinshereniging (zie in die zin arrest *Parlement/Raad*, punt 59).

80. Bij een dergelijk onderzoek en met name bij de bepaling of de voorwaarden van artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/86 zijn vervuld, moeten de bepalingen van deze richtlijn echter tegen de achtergrond van de artikelen 7 en 24, leden 2 en 3, van het Handvest worden uitgelegd en toegepast, zoals overigens blijkt uit de bewoordingen van punt 2 van de considerans en artikel 5, lid 5, van deze richtlijn, op grond waarvan de lidstaten de betrokken verzoeken om gezinshereniging moeten onderzoeken in het belang van de betrokken kinderen en teneinde het gezinsleven te begunstigen.

81. Het is aan de bevoegde nationale autoriteiten, bij de tenuitvoerlegging van richtlijn 2003/86 en bij het onderzoek van de verzoeken om gezinshereniging, een evenwichtige en redelijke beoordeling van alle in het geding zijnde belangen te maken en daarbij in het bijzonder rekening te houden met de belangen van de betrokken kinderen."

<sup>1488</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Verslag van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement betreffende de toepassing van richtlijn 2003/86/EG inzake het recht op gezinshereniging, 8 oktober 2008, COM(2008) 610 definitief, 12.

Daarnaast stipuleert artikel 17 Gezinsherenigingsrichtlijn, dat eveneens een horizontale dwingende bepaling betreft, dat wanneer vreemdelingen niet voldoen of niet langer voldoen aan de voorwaarden voor gezinshereniging, de lidstaten terdege rekening houden met de aard en de hechtheid van de gezinsband van de betrokken persoon en met de duur van zijn verblijf in de lidstaat, alsmede met het bestaan van familiebanden of culturele of sociale banden met zijn land van herkomst.<sup>1489</sup> Deze vereiste van een concrete behandeling van de individuele situatie geldt niet enkel bij afwijzing van een verzoek, intrekking of niet-verlenging van de verblijfstitel, maar ook in het geval van een verwijderingsmaatregel tegen de gezinshereniger of de leden van zijn gezin. Het Hof verduidelijkt dat bovenstaande criteria dezelfde zijn die het EHRM hanteert om na te gaan of de betrokken belangen op een juiste wijze worden afgewogen. De richtlijn legt dus een procedurele verplichting op aan de lidstaten om de impact van een negatieve verblijfsbeslissing of een verwijderingsmaatregel op de betrokken persoon en zijn gezinsleden (m.n. de betrokken minderjarige kinderen) te onderzoeken en te evalueren. Tenslotte herinnerde het Hof er ook aan dat volgens de vaste rechtspraak de vereisten die voortvloeien uit de bescherming van in de communautaire rechtsorde erkende algemene beginselen, waaronder de grondrechten, de lidstaten ook bij de uitvoering van gemeenschapsregelingen binden en dat zij bijgevolg gehouden zijn deze regelingen zo veel mogelijk toe te passen in overeenstemming met die vereisten.<sup>1490</sup>

601. In de *Chakroun*-zaak diende het Hof van Justitie zich uit te spreken over artikel 7, lid 1, onder c, Gezinsherenigingsrichtlijn, over het beschikken over stabiele en regelmatige inkomsten in hoofde van de gezinshereniger die volstaan om hemzelf en zijn gezinsleden te onderhouden, zonder een beroep te doen op het stelsel van sociale bijstand van de betrokken lidstaat, als een voorwaarde voor gezinshereniging.<sup>1491</sup> Het Hof herhaalde dat artikel 4, lid 1, Gezinsherenigingsrichtlijn welbepaalde positieve verplichtingen oplegt aan de lidstaten, waaraan duidelijk omschreven subjectieve rechten beantwoorden, maar dat deze bepaling wel verlangt dat er wordt voldaan aan de in de richtlijn gestelde voorwaarden.

Evenwel: “Aangezien gezinshereniging de algemene regel is, dient de bevoegdheid in artikel 7, lid 1, aanhef en sub c, van de richtlijn strikt te worden uitgelegd. Bovendien mogen de lidstaten hun handelingsvrijheid niet zo gebruiken dat afbreuk wordt gedaan aan het doel van de richtlijn, namelijk de bevordering van de gezinshereniging, en aan het nuttig effect daarvan.”<sup>1492</sup> Het Hof verwijst specifiek naar de tweede overweging in de preambule van de richtlijn. Maatregelen op het gebied van gezinshereniging dienen in overeenstemming te zijn met de in de talrijke internationale rechtsinstrumenten neergelegde verplichting om het gezin te beschermen en het gezinsleven te respecteren, met name in artikel 8 EVRM en in artikel 7 van het Handvest. De betrokken bepaling moet dan ook worden uitgelegd in het licht van de grondrechten, m.n. het in het EVRM en het Handvest neergelegde recht op de eerbiediging van het gezinsleven. Ook hier benadrukte het Hof het belang van een concrete beoordeling van de situatie van iedere aanvrager.<sup>1493</sup>

Het Hof bevestigde in latere rechtspraak dat artikel 7, lid 1, sub (c), van de Gezinsherenigingsrichtlijn zo moet worden uitgelegd, dat de lidstaten weliswaar het bewijs kunnen verlangen dat de gezinshereniger over stabiele, regelmatige en voldoende inkomsten beschikt om zichzelf en zijn gezinsleden te onderhouden, maar dat deze bevoegdheid moet worden uitgeoefend tegen de achtergrond van de artikel 7 en artikel 24, leden 2 en 3, van het Handvest. Deze artikelen mogen wel niet zo worden uitgelegd dat zij de lidstaten de

---

<sup>1489</sup> HvJ 27 juni 2006, nr. C-540/03, *Parlement v. Raad*, par. 64-65, 87, 99.

<sup>1490</sup> HvJ 27 juni 2006, C-540/03, *Parlement v. Raad*, par 105.

<sup>1491</sup> HvJ 4 maart 2010, C-578/08, *Chakroun*.

<sup>1492</sup> HvJ 4 maart 2010, C-578/08, *Chakroun*, par. 43.

<sup>1493</sup> HvJ 4 maart 2010, C-578/08, *Chakroun*, par. 48.

beoordelingsmarge zouden ontzeggen bij het onderzoek van verzoeken om gezinshereniging. Wel dienen de lidstaten bij een dergelijk onderzoek en met name bij de bepaling of de voorwaarden van artikel 7, lid 1, van de Gezinsherenigingsrichtlijn zijn vervuld, de bepalingen van deze richtlijn tegen de achtergrond van de artikelen 7 en 24, leden 2 en 3, van het Handvest uitleggen en toepassen, op grond waarvan de lidstaten de betrokken verzoeken om gezinshereniging moeten onderzoeken in het belang van de betrokken kinderen en teneinde het gezinsleven te begunstigen. Het is dan ook aan de bevoegde nationale autoriteiten, bij de tenuitvoerlegging van de Gezinsherenigingsrichtlijn en bij het onderzoek van de verzoeken om gezinshereniging, om een evenwichtige en redelijke beoordeling van alle in het geding zijnde belangen te maken en daarbij in het bijzonder rekening te houden met de belangen van de betrokken kinderen.<sup>1494</sup>

602. Gezien deze uitspraken van het Hof, treed ik PEERS bij in zijn stelling dat “*by analogy all exceptions and derogations from the general rule of authorization of family reunion should be interpreted strictly, including the rules relating to the scope of the Directive and the definition of family members.*”<sup>1495</sup> Dit betekent dat alle uitzonderingen, afwijkingen en voorwaarden opgesomd in de richtlijn die gezinshereniging beperken, als exhaustief moeten worden gezien en steeds in overeenstemming met artikel 8 EVRM en artikel 7 en 24 Handvest moeten worden toegepast.

De Europese Commissie treedt deze stelling bij. Zo poneerde de Europese Commissie dat het hanteren van een minimumleeftijd voor echtgenoten geen afbreuk mag doen aan het doel en nuttig effect van de richtlijn. Ook bij het hanteren van een minimumleeftijd moet rekening worden gehouden met het belang van betrokken kinderen en dienen voor elk geval alle relevante omstandigheden van een individuele verzoek beoordeeld te worden. Volgens de Europese Commissie “*De minimumleeftijd kan als richtsnoer fungeren, maar mag niet worden gebruikt als algemeen minimum waaronder alle verzoeken systematisch worden afgewezen, ongeacht of de situatie van iedere indiener daadwerkelijk is onderzocht. De minimumleeftijd is slechts een van de verschillende factoren waar rekening mee moet worden gehouden wanneer de lidstaat een verzoek behandelt. Als de individuele beoordeling uitwijst dat de motivering van artikel 4, lid 5, d.w.z. het zorgen voor betere integratie en het voorkomen van gedwongen huwelijken, niet van toepassing is, moeten de lidstaten overwegen een uitzondering te maken en gezinshereniging toe te staan in gevallen waarin niet aan de vereiste van de minimumleeftijd is voldaan. Bijvoorbeeld wanneer uit de individuele beoordeling duidelijk blijkt dat er geen sprake is van misbruik, zoals wanneer twee personen samen een kind hebben.*”<sup>1496</sup>

Voorts wijst de Europese Commissie er op dat artikel 17 Gezinsherenigingsrichtlijn de lidstaten ertoe verplicht om voor ieder individueel geval een algehele beoordeling van alle relevante factoren te maken. Deze verplichting geldt volgens de Europese Commissie ook wanneer de lidstaten gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheid te verzoeken om bewijs dat aan bepaalde voorwaarden is voldaan (bv. inzake huisvesting, ziektekostenverzekering en inkomsten, overeenkomstig artikel 7), bij het nagaan of een kind dat ouder is dan 12 jaar en zelfstandig in de lidstaat aankomt, aan een voorwaarde voor integratie voldoet (artikel 4, lid 1, in fine en artikel 7, lid 2)<sup>1497</sup>, wanneer een kind dat ouder is dan 15 jaar een aanvraag indient

<sup>1494</sup> HvJ 6 december 2012, gevoegde zaken C-356/11 en C-357/11, *O. en S.*

<sup>1495</sup> S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, supra noot 1110, 461.

<sup>1496</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement betreffende richtsnoeren voor de toepassing van Richtlijn 2003/86/EG inake het recht op gezinshereniging, Brussel, 3 april 2014, COM(2014) 210 definitief, 7-8.

<sup>1497</sup> Naar aanleiding van een prejudiciële vraag m.b.t. integratiemaatregelen en taaltesten besloot advocaat-generaal Mengozzi in zijn conclusie van 30 april 2014 dat artikel 7, lid 2, eerste alinea, Gezinsherenigingsrichtlijn in de weg staat aan de wettelijke regeling van een lidstaat die de aflevering van een visum tot gezinshereniging aan de echtgenoot van een buitenlandse onderdaan die voldoet aan de voorwaarden van artikel 7, lid 1, van de richtlijn, afhankelijk stelt van het bewijs dat die echtgenoot over een elementaire kennis van de taal van die lidstaat beschikt,

(artikel 4, lid 6), of wanneer een minimumleeftijd voor echtgenoten geldt (artikel 4, lid 5). Afzonderlijk kan geen van deze factoren automatisch tot een beslissing leiden; er dient rekening te worden gehouden met alle relevante factoren, aldus de Europese Commissie.

Als voorbeeld van andere factoren noemt de Europese Commissie: de aard en de hechtheid van de gezinsband van de betrokken persoon, de duur van zijn verblijf in de lidstaat, familiebanden of culturele of sociale banden met het land van herkomst, levensomstandigheden in het land van herkomst, de leeftijd van de betrokken kinderen, het feit dat een gezinslid in de lidstaat is geboren en/of opgegroeid, economische, culturele en sociale banden in de lidstaat, de afhankelijkheid van gezinsleden en de bescherming van huwelijken en/of gezinsbanden. De Europese Commissie benadrukt dat de lidstaten een ruime beoordelingsmarge wanneer zij de relevante factoren in elk individueel geval terdege in aanmerking nemen. Ze zijn echter wel gebonden aan de beginselen van artikel 8 EVRM, artikel 7 Handvest en de relevante rechtspraak van het EHRM en het HvJ. De Europese Commissie meent dat volgende beginselen moeten worden geëerbiedigd: alle individuele omstandigheden van een geval moeten worden geïdentificeerd en het gewicht dat aan individuele respectievelijk openbare belangen wordt gehecht, moet in soortgelijke gevallen vergelijkbaar zijn. Er moet sprake zijn van een redelijke en evenredige balans tussen de relevante individuele en openbare belangen en de lidstaten moeten expliciet vermelden waarom zij een verzoek afwijzen.<sup>1498</sup>

603. Als conclusie kan dus worden gesteld dat een illegaal verblijvende vreemdeling als gezinslid van een andere derdelander, onder de werkingssfeer van de Gezinsherenigingsrichtlijn kan vallen. Het feit dat de vreemdeling zijn gezinsleven heeft uitgebouwd tijdens een illegaal verblijf, lijkt niet relevant te zijn gezien de richtlijn van toepassing is 'ongeacht welke status' van de derdelander, zolang de derdelander die hij vervoegt over een wettig verblijf beschikt. De richtlijn lijkt daardoor verder te gaan dan de rechtspraak inzake artikel 8 EVRM, waar wel rekening wordt gehouden met het feit dat het gezinsleven tijdens het illegaal verblijf werd uitgebouwd en waar, volgens het Hof, geen legitieme rechten of verwachtingen uit kunnen worden geput.<sup>1499</sup> Waar hij als gezinslid deel uitmaakt van het kerngezin, bezit deze vreemdeling immers over een subjectief recht op gezinshereniging, zolang hij niet valt onder de gestelde uitzonderingen en afwijkingen en zolang hij voldoet aan de voorwaarden die door de respectievelijke lidstaat is gesteld op basis van de richtlijn. De handelingsvrijheid die lidstaten hebben, mag het bevorderen van de gezinshereniging niet ondermijnen. In zoverre dat deze uitzonderingen, afwijkingen en voorwaarden de beoordelingsmarge van de lidstaten inzake de gezinshereniging gedeeltelijk handhaven, doen ze geen afbreuk aan het feit dat lidstaten bij het behandelen van een verzoek tot gezinshereniging van een illegaal verblijvende vreemdeling, een correcte belangenafweging dienen te maken van het feitelijk geval.

---

zonder dat is voorzien in de eventuele toekenning van vrijstellingen op basis van een overeenkomstig artikel 17 van die richtlijn verricht individueel onderzoek van het verzoek tot gezinshereniging, waarbij rekening wordt gehouden met de belangen van de minderjarige kinderen en met alle relevante omstandigheden van het specifieke geval. Tot die omstandigheden behoren met name de beschikbaarheid in de Staat van de woonplaats van de genoemde echtgenoot van het onderwijs en het materiaal dat nodig is om het vereiste taalniveau te bereiken alsook de toegankelijkheid ervan, in het bijzonder wat de kosten betreft, en anderzijds de eventuele, zelfs tijdelijke, problemen die verband houden met de gezondheid van het betrokken gezinslid of met zijn persoonlijke situatie zoals leeftijd, ongeletterdheid, handicap en opleidingsniveau. In het uiteindelijke arrest HvJ 10 juli 2014, C-138/13, *Dogan*, ging het Hof niet nader in op deze vraag, aangezien het antwoord op de eerste prejudiciële vraag volstond. Niettemin, een gelijkaardige prejudiciële vraag werd gesteld door de Nederlandse Raad van State en is nog steeds hangende bij het HvJ, met name zaak C-153/14, *K. en A.*

<sup>1498</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement betreffende richtsnoeren voor de toepassing van Richtlijn 2003/86/EG inake het recht op gezinshereniging, Brussel, 3 april 2014, COM(2014) 210 definitief, 28-29.

<sup>1499</sup> EHRM 31 juli 2008, nr. 265/07, *Darren Omoregie v. Noorwegen*, par. 57; EHRM 26 april 2007, nr. 16351/03, *Konstadinov v. Nederland*, par. 49; EHRM 14 februari 2012, nr. 26940/10, *Antwi e.a. v. Noorwegen*, par. 91.

De mogelijkheid voor de illegaal verblijvende vreemdeling om een verblijf te vragen op basis van gezinshereniging bestaat echter in beginsel enkel wanneer lidstaten voorzien in een afwijking die toelaat om, in ‘passende gevallen’, verzoeken tot gezinshereniging ingediend op het grondgebied, te aanvaarden. Niettemin, indien zo’n afwijking niet is voorzien, kan, in specifieke gevallen, nog steeds een afwijking zijn vereist op basis van mensenrechtelijke gronden.<sup>1500</sup> In het bijzonder kunnen de belangen van het kind in een individueel geval vereisen dat een verzoek tot gezinshereniging, ingediend op het grondgebied, wordt aanvaard en onderzocht. Daarenboven moeten de lidstaten nog steeds in elk individueel geval een zorgvuldige belangenafweging maken. Immers, in zeer uitzonderlijke gevallen, zou er wel eens de positieve verplichting kunnen bestaan om deze vreemdeling te laten verblijven op het grondgebied.<sup>1501</sup>

604. Wanneer gezinshereniging wordt toegestaan onder deze richtlijn, dan verlenen de lidstaten de gezinsleden een eerste verblijfstitel met een geldigheidsduur van ten minste één jaar, die verlengd kan worden.<sup>1502</sup> Uiterlijk na vijf jaar verblijf, en voor zover aan de gezinsleden geen verblijfstitel is verleend om andere redenen dan de gezinshereniging, hebben de echtgenoot of niet-gehuwde partner en meerderjarige kinderen recht op een autonome verblijfstitel, onafhankelijk van de gezinshereniger.<sup>1503</sup> De gezinsleden hebben, op dezelfde wijze als de gezinshereniger, recht op toegang tot onderwijs, toegang tot arbeid in loondienst of als zelfstandige en toegang tot een beroepskeuzeopleiding, beroepsopleiding en bij- en nascholing. De lidstaten stellen de voorwaarden vast inzake het verrichten van arbeid in loondienst of als zelfstandige en kunnen eveneens voorzien in een wachttermijn van maximaal twaalf maanden voor de gezinsleden de arbeidsmarkt betreden. Tenslotte kan de toegang tot de arbeidsmarkt worden beperkt voor ascendenten en meerderjarige niet-gehuwde kinderen.<sup>1504</sup>

#### b.) Het voortgezet verblijf

605. Wat betreft de vraag of een vreemdeling wiens verblijfsrecht wordt beëindigd, de mogelijkheid heeft tot voorzetting van verblijf op grond van zijn privé- of gezinsleven, geldt eveneens de algemene regel dat bij de beëindiging van een verblijfsrecht, dat verkregen werd op basis van de EU-wetgeving, de lidstaten krachtens artikel 51, lid 1, Handvest, bij de uitvoering van de EU-wetgeving rekening dienen te houden met artikelen 7 en 24 van het Handvest.

606. Indien de vreemdeling over een *autonoom* verblijfsrecht beschikt op basis van de EU-wetgeving, dan kunnen de lidstaten in de regel dit verblijf beëindigen o.m. wanneer de vreemdeling niet meer aan de voorwaarden tot verblijf voldoet, of het verblijf op frauduleuze wijze werd verkregen of om redenen van openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid.<sup>1505</sup> Van belang is dat de lidstaten dan bij het ten uitvoer brengen van het Unierecht, artikelen 7 en 24 Handvest eerbiedigen. Dit houdt in dat de lidstaten tijdens de beslissing om het verblijfsrecht van een vreemdeling, verkregen op basis van EU-wetgeving,

---

<sup>1500</sup> Zie art. 5 lid 5 en 17 Richtl. 2003/86/EG.

<sup>1501</sup> Zie in deze zin ook K. HAILBRONNER (ed), *EU Immigration and Asylum Law: Commentary*, München, C.H. Beck – Hart – Nomos, 2010, 213.

<sup>1502</sup> Art. 13 Richtl. 2003/86/EG.

<sup>1503</sup> Art. 15 Richtl. 2003/86/EG. De richtlijn voorziet de mogelijkheid voor lidstaten om de verlening van deze autonome verblijfstitel te beperken tot de echtgenoot of niet-gehuwde partner indien de gezinsband verbroken is.

<sup>1504</sup> Art. 14 Richtl. 2003/86/EG.

<sup>1505</sup> Zie bijvoorbeeld art. 10 Richtl. Raad 2005/71/EG, 12 oktober 2005 betreffende een specifieke procedure voor de toelating van onderdanen van derde landen met het oog op wetenschappelijk onderzoek, *Pb.L.* 3 november 2005, afl. 289, 15; art. 16 Richtl. Raad 2004/114/EG, 13 december 2004 betreffende de voorwaarden voor de toelating van onderdanen van derde landen met het oog op studie, scholierenuitwisseling, onbezoldigde opleiding of vrijwilligerswerk, *Pb.L.* 23 december 2004, afl. 375, 12; art. 9 Richtl. Raad 2009/50/EC, 25 mei 2009 betreffende de voorwaarden voor toegang en verblijf van onderdanen van derde landen met het oog op een hooggekwalficeerde baan, *Pb.L.* 18 juni 2009, afl. 155, 7.



rekening houden met het bestaande privéleven en/of gezinsleven van de betrokken vreemdeling. De beëindiging van het verblijfsrecht kan immers disproportionele gevolgen hebben voor de uitoefening van het privé- en/of gezinsleven van de vreemdeling of zijn gezinsleden.

In het geval een verwijderingsmaatregel wordt genomen tegen de *gezinshereniger*, dienen de lidstaten terdege rekening houden met de aard en de hechtheid van de gezinsband van de betrokken persoon en met de duur van zijn verblijf in de lidstaat, alsmede met het bestaan van familiebanden of culturele of sociale banden met zijn land van herkomst.<sup>1506</sup> Het privé- of gezinsleven van de betrokkenen kan niet enkel aanleiding geven tot een negatieve verplichting, m.n. de niet-verwijdering, maar ook aanleiding geven tot een positieve verplichting. Indien de vreemdeling niet verwijderd kan worden omdat dit een disproportionele inmenging in zijn gezins- of privéleven zou uitmaken, dan dienen de lidstaten een oplossing voor te stellen die de vreemdeling de mogelijkheid biedt om in de lidstaat te verblijven en zijn gezins- en/of privéleven (in alle aspecten) verder ongestoord uit te oefenen. Het lijkt ook van belang dat de afgifte van een verblijfsvergunning de nodige toegang geeft tot bepaalde socio-economische rechten, zoals tewerkstelling.<sup>1507</sup>

607. Wanneer een vreemdeling als een langdurig ingezetene in de EU verblijft en zijn verblijf dreigt te worden beëindigd, dan kan deze vreemdeling rekenen op de bescherming die Richtlijn 2003/109/EG van de Raad van 25 november 2003 betreffende de status van langdurig ingezetenen onderdanen van derde landen biedt.<sup>1508</sup> Door de toekenning van de status van langdurig ingezetene, geniet de vreemdeling van een stevigere bescherming tegen verwijdering. Een verwijderingsbesluit mag dan enkel worden genomen door de lidstaten wanneer de vreemdeling een actuele en voldoende ernstige bedreiging voor de openbare orde of de binnenlandse veiligheid vormt; het mag dus niet op economische gronden berusten. Bovendien bepaalt de richtlijn uitdrukkelijk dat de lidstaten, alvorens tot de verwijdering van een langdurig ingezetene te besluiten, rekening moeten houden met een aantal elementen, zoals afgeleid uit de rechtspraak van het EHRM, met name: de duur van het verblijf van de vreemdeling op het grondgebied, de leeftijd van de vreemdeling, de gevolgen voor de betrokkene en de leden van zijn gezin en het bestaan van banden met het land van verblijf of het ontbreken van banden met het land van herkomst.<sup>1509</sup>

608. Indien een derdelander een *afgeleid* verblijfsrecht heeft verkregen op basis van de Gezinsherenigingsrichtlijn, dus als gezinslid, dan kan dit verblijfsrecht eveneens worden ingetrokken of niet worden verlengd o.m. indien de gestelde voorwaarden niet of niet meer worden vervuld, of het autonoom verblijfsrecht van de gezinshereniger is ten einde gekomen, of wanneer er sprake is van fraude of een schijnhuwelijk, alsook een gevaar voor de openbare orde, nationale veiligheid of volksgezondheid.<sup>1510</sup>

Niettemin, in geval van weduwnaar- of weduwschap, echtscheiding, scheiding of van het overlijden van eerstegraads bloedverwanten in rechtstreeks opgaande of neergaande lijn, *kunnen* lidstaten, indien dat vereist is, op aanvraag, reeds voor er vijf jaren verlopen zijn een autonome verblijfstitel verlenen aan personen die uit hoofde van de gezinshereniging zijn

---

<sup>1506</sup> Art. 17 Richtl. 2003/86/EG.

<sup>1507</sup> EHRM 10 april 2003, nr. 53470/99, *Mehemi v. Frankrijk* (nr. 2).

<sup>1508</sup> Richtl. Raad 2003/109/EG, 25 november 2003 betreffende de status van langdurig ingezetenen onderdanen van derde landen, *Pb.L.* 23 januari 2004, afl. 16, 44 en Richtl. Parl. en Raad 2011/51/EU, 11 mei 2011 tot wijziging van Richtlijn 2003/109/EG van de Raad teneinde haar werkingssfeer uit te breiden tot personen die internationale bescherming genieten, *Pb.L.* 19 mei 2011, afl. 132, 1. Zie over de verhouding tussen langdurig ingezetenen onderdanen van derde landen en EU-burgers, S. IGLESIAS SANCHEZ, "Fundamental Rights Protection for Third Country Nationals and Citizens of the Union: Principles for Enhancing Coherence", *EJML* 2013, 137-153.

<sup>1509</sup> Art. 13 Richtl. 2003/109/EG.

<sup>1510</sup> Art. 6 en 16 Richtl. 2003/86/EG.

toegelaten. In tegenstelling tot deze discretionaire bevoegdheid, *moeten* lidstaten bepalingen vastleggen om te waarborgen dat in geval van buitengewoon moeilijke omstandigheden een autonome verblijfstitel wordt verleend, eveneens voor er vijf jaar verlopen zijn.<sup>1511</sup> Wat 'buitengewoon moeilijke omstandigheden' kunnen uitmaken wordt niet nader verduidelijkt. Een nadere lezing van artikel 15, lid 3, Gezinsherenigingsrichtlijn, maakt duidelijk dat een loutere breuk in een huwelijksrelatie of relatie of andere wijziging in de gezinssituatie, zoals overlijden, geen buitengewoon moeilijke omstandigheid uitmaakt. Volgens het Commissievoorstel strekt deze bepaling er voornamelijk toe vrouwen te beschermen die het slachtoffer zijn van gezinsgeweld en die niet benadeeld mogen worden door intrekking van hun verblijfstitel als zij besluiten hun gezin te verlaten. Deze bepaling kan ook gelden voor vrouwen die weduwe zijn, of die zijn gescheiden of verstoten, en die in zeer moeilijke omstandigheden terecht zouden komen als zij verplicht zouden worden naar hun land van herkomst terug te keren.<sup>1512</sup>

In deze zin is de bescherming die wordt geboden door de verplichte afgifte van een autonome verblijfstitel een gemengde vorm van bescherming. De betrokken vrouw wordt beschermd omwille van haar privé- of gezinsleven in de lidstaat, alsook omwille van de moeilijke omstandigheden in het land van herkomst.

Tenslotte bepaalt de Gezinsherenigingsrichtlijn dat ingeval van intrekking of niet-verlenging van de verblijfstitel, alsmede ingeval van een verwijderingsmaatregel tegen gezinsleden, de lidstaten terdege rekening houden met de aard en de hechtheid van de gezinsband van de betrokken persoon en met de duur van zijn verblijf in de lidstaat, alsmede met het bestaan van familiebanden of culturele of sociale banden met zijn land van herkomst.<sup>1513</sup>

609. Wanneer een vreemdeling een autonoom of afgeleid verblijfsrecht geniet op basis van de nationale wetgeving, dan beschikken de lidstaten, op basis van hun prerogatief inzake de migratiecontrole, over de bevoegdheid om dit verblijf te beëindigen, maar dienen zij, als verdragsluitende Staten bij het EVRM, eveneens de rechten en vrijheden van het EVRM te waarborgen en gelden dus dezelfde bemerkingen.

### *C. De toegang tot bescherming*

610. De toegang tot bescherming, zoals gewaarborgd door de Terugkeerrichtlijn, werd reeds hierboven besproken. Ik herinner hier enkel aan het feit dat het beëindigen van het illegaal verblijf van de derdelanders volgens een billijke en transparante procedure moeten verlopen. Ze moeten, aldus de Terugkeerrichtlijn, in het bezit worden gesteld van een terugkeerbesluit. Overeenkomstig de algemene beginselen van de EU, moeten beslissingen die op grond van de Terugkeerrichtlijn worden genomen, per geval worden vastgesteld en op objectieve criteria berusten, ze mogen zich niet beperken tot het louter feit van het illegaal verblijf.<sup>1514</sup> Kortom, een terugkeerbesluit alsook een bevel tot gedwongen verwijdering mogen enkel worden genomen op basis van een individueel onderzoek. Deze terugkeerbesluiten moeten gemotiveerd zijn en dus de feitelijke en de rechtsgronden vermelden op basis waarvan ze worden genomen.<sup>1515</sup> Van belang m.b.t. een gedwongen verwijdering is om de rechtspraak

---

<sup>1511</sup> Art. 15 lid 3 Richtl. 2003/86/EG.

<sup>1512</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van de Raad inzake het recht op gezinshereniging, 1 december 1999, COM(1999) 258, 23.

<sup>1513</sup> Art. 17 Richtl. 2003/86/EG.

<sup>1514</sup> Overweging nr. 6 Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1515</sup> Art. 12 lid 1 Richtl. 2008/115/EG. De informatie over feitelijke gronden mag worden beperkt indien de nationale wetgeving voorziet in een beperking van het recht op informatie, met name ter vrijwaring van de nationale veiligheid,

inzake artikel 8 EVRM te betrekken en meer bepaald de positieve verplichting om een wettelijk en administratief kader met voldoende waarborgen te voorzien alsook de procedurele verplichting om bij het nemen van een verblijfsbeslissing steeds nauwgezet de individuele en concrete omstandigheden van een bepaald geval te onderzoeken. De Staten zijn gehouden om een zinvolle beoordeling te maken op basis van de volledige feiten en een correcte belangenafweging te maken.<sup>1516</sup>

611. Ook de Gezinsherenigingsrichtlijn bepaalt dat in geval van een verwijderingsmaatregel tegen de gezinshereniger of gezinsleden, deze belangenafweging in elk individueel geval moet worden gemaakt door terdege rekening te houden met de aard en de hechtheid van de gezinsband van de betrokken persoon en met de duur van zijn verblijf in de lidstaat, alsmede met het bestaan van familiebanden of culturele of sociale banden met zijn land van herkomst.<sup>1517</sup> Daarenboven geldt zowel in de Terugkeerrichtlijn als de Gezinsherenigingsrichtlijn een procedurele verplichting om de belangen van het kind voorop te stellen.<sup>1518</sup>

612. Aan derdelanders moet, krachtens de Terugkeerrichtlijn, een doeltreffend rechtsmiddel bij een bevoegde onafhankelijke en onpartijdige autoriteit of instantie, bijvoorbeeld een rechterlijke of administratieve autoriteit, worden toegekend, dat hij kan aanwenden tegen een terugkeerbesluit.<sup>1519</sup> Deze autoriteit of instantie is bevoegd om zowel het terugkeerbesluit als het besluit tot gedwongen verwijdering te herzien. Uit de combinatie van artikelen 12 en 13 van de richtlijn zou men kunnen afleiden dat een herziening van het terugkeerbesluit of het besluit tot gedwongen verwijdering, een herziening betreft van de feitelijke gronden én de rechtsgronden waarop het aangevochten besluit is gebaseerd. In het kader van artikelen 8 EVRM en 13 EVRM, betekent deze herziening dat de rechterlijke toetsing van een verblijfsbeslissing niet enkel een passend onderzoek inhoudt naar de volledige en individuele omstandigheden van een bepaald geval, inclusief een onderzoek van de feitelijke omstandigheden waarop een verblijfsbeslissing is gebaseerd (bijvoorbeeld de nationale veiligheid)<sup>1520</sup> maar ook een zorgvuldige analyse van de proportionaliteit van de verblijfsbeslissing of verwijderingsmaatregel.<sup>1521</sup> De rechterlijke toetsing mag zich dus niet beperken tot een zuiver formele toetsing van de verblijfsbeslissing.<sup>1522</sup>

De autoriteit of instantie die bevoegd is om de terugkeerbesluiten te herzien, moet tevens de bevoegdheid hebben om de uitvoering van een terugkeerbesluit of besluit inzake verwijdering tijdelijk op te schorten, tenzij op grond van de nationale wetgeving reeds een tijdelijke opschorting van toepassing is.<sup>1523</sup> De richtlijn bepaalt dan ook dat de verwijdering verplicht wordt uitgesteld voor de duur van de toegestane opschorting van het betrokken terugkeerbesluit, tijdens de behandeling van het beroep tegen dat besluit.<sup>1524</sup> Het opschortend effect van het beroep dient dus niet automatisch te zijn.<sup>1525</sup>

---

de landsverdediging, de openbare veiligheid, dan wel met het oog op het voorkomen, onderzoeken, opsporen en vervolgen van strafbare feiten

<sup>1516</sup> EHRM 11 februari 2010, nr. 31465/08, *Raza v. Bulgarije*, par. 54.

<sup>1517</sup> Art. 17 Richtl. 2003/86/EG.

<sup>1518</sup> Art. 5 Richtl. 2008/115/EG en art. 5 lid 5 Richtl. 2003/86/EG.

<sup>1519</sup> Art. 13 lid 1 Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1520</sup> EHRM 2 september 2010, nr. 1537/08, *Kaushal e.a. v. Bulgarije*, par. 38.

<sup>1521</sup> EHRM 11 februari 2010, nr. 31465/08, *Raza v. Bulgarije*, par. 63.

<sup>1522</sup> EHRM 24 april 2008, nr. 1365/07, *C.G. e.a. v. Bulgarije*, par. 47.

<sup>1523</sup> Art. 13 lid 2 Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1524</sup> Art. 9 lid 1 (b) Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1525</sup> Vergelijk met Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, 1 september 2005, COM(2005) 391 definitief, 18.

613. Een derdelander die een gezinslid is van een andere derdelander die wettig in een lidstaat verblijft, beschikt over een ruimer recht op gezinshereniging op basis van de Gezinsherenigingsrichtlijn dan onder artikel 8 EVRM. De precieze positieve verplichtingen die de richtlijn oplegt aan de lidstaten, beantwoorden, volgens het Hof van Justitie, aan duidelijk omschreven subjectieve rechten die ertoe leiden dat de lidstaten in vastgestelde gevallen de gezinshereniging van bepaalde gezinsleden moet toestaan zonder een beoordelingsmarge uit te oefenen. Waar in de richtlijn afwijkingen, uitzondering en voorwaarden worden voorzien, betreft het in wezen niet meer dan het handhaven van een gedeeltelijke beoordelingsmarge voor lidstaten, zoals ook in artikel 8 EVRM wordt voorzien. Deze uitspraak heeft verschillende gevolgen m.b.t. de toegang tot de bescherming. Ten eerste is het hoogst betwifelbaar of de lidstaten bijkomende voorwaarden mogen stellen en procedurele maatregelen mogen nemen, die niet in de richtlijn zijn voorzien, wanneer deze de gezinshereniging zouden belemmeren en dus het nuttig effect zouden ontnemen van de richtlijn waarvan het doel juist het bevorderen van de gezinshereniging is. Ten tweede wil dit zeggen dat de afwijkingen, uitzonderingen en voorwaarden die de richtlijn wél voorziet, niet strikt mogen worden toegepast.<sup>1526</sup> Rekening houdend met de horizontale dwingende bepalingen in artikelen 5 en 17 van de richtlijn, moet bij elke beslissing inzake de gezinshereniging, van welke aard dan ook, rekening worden gehouden met de individuele omstandigheden van de zaak, met name door de betrokken belangen af te wegen waarbij de belangen van de betrokken kinderen voorop worden gesteld.

Een gezinslid of de gezinshereniger heeft op basis van de Gezinsherenigingsrichtlijn het recht om een beroep in te stellen in geval van de afwijzing van een verzoek tot gezinshereniging, van intrekking of niet-verlenging van een verblijfstitel of in geval van een verwijderingsmaatregel. Het is aan de lidstaten om te bepalen op welke manier en op grond van welke bevoegdheid het recht op beroep wordt uitgeoefend.<sup>1527</sup>

PEERS en HAILBRONNER benadrukken dat hoewel de richtlijn niet uitdrukkelijk stelt dat dit beroep kan ingesteld worden voor een rechtbank, dit echter wel wordt gegarandeerd door artikel 13 EVRM en meer nog door artikel 47 Handvest (recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht), wat grondrechten zijn die deel uitmaken van het Unierecht.<sup>1528</sup>

Bovendien heeft het Hof van Justitie dit ook impliciet bevestigd in de zaak *Parlement v. Raad*: “De uitvoering van de richtlijn is onderworpen aan het toezicht van de nationale rechterlijke instanties (...).”<sup>1529</sup> Hoewel de richtlijn niet bepaalt dat ook tegen andere elementen van de richtlijn een beroep kan worden ingesteld, bijvoorbeeld het weigeren van een autonome verblijfsvergunning, volgt ook hier uit artikel 13 EVRM en artikel 47 Handvest, dat lidstaten bij de uitvoering van het Unierecht gebonden zijn om een doeltreffend rechtsmiddel te voorzien bij een onafhankelijk en onpartijdig gerecht.<sup>1530</sup> Voortgaande op de rechtspraak omtrent artikelen 8 en 13 EVRM, houdt dit in dat het rechterlijk toezicht een onderzoek is in rechte en in feite. Daarbij dienen de volledige en individuele omstandigheden van een bepaald geval te worden onderzocht, inclusief een onderzoek van de feitelijke omstandigheden waarop een verblijfsbeslissing is gebaseerd (bijvoorbeeld de nationale

---

<sup>1526</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Verslag van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement betreffende de toepassing van richtlijn 2003/86/EG inzake het recht op gezinshereniging, 8 oktober 2008, COM(2008) 610 definitief, 12.

<sup>1527</sup> Art. 18 Richtl. 2003/86/EG.

<sup>1528</sup> S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, supra noot 1110, 471, en K. HAILBRONNER (ed.), *EU Immigration and Asylum Law: Commentary*, München, C.H. Beck – Hart – Nomos, 2010, 283.

<sup>1529</sup> HvJ 27 juni 2006, nr. C-540/03, *Parlement v. Raad*, par. 106.

<sup>1530</sup> S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, supra noot 1110, 471.

veiligheid),<sup>1531</sup> maar ook een zorgvuldige analyse van de proportionaliteit van de verblijfsbeslissing of verwijderingsmaatregel.<sup>1532</sup> De rechterlijke toetsing mag zich dus niet beperken tot een zuiver formele toetsing van de verblijfsbeslissing.<sup>1533</sup> Ook in hoofde van de rechterlijke instanties is er dus een verplichting om een individuele belangenafweging te maken alsook een procedurele verplichting om de belangen van het kind voorop te stellen.<sup>1534</sup>

Om daadwerkelijk te zijn moet de toegankelijkheid van dit rechtsmiddel worden gegarandeerd. Feitelijke omstandigheden en procedurele omstandigheden, zoals het betalen van administratieve kosten, kunnen de toegang tot een grondig onderzoek van de betwiste maatregel verhinderen.<sup>1535</sup>

---

<sup>1531</sup> EHRM 2 september 2010, nr. 1537/08, *Kaushal e.a. v. Bulgarije*, par. 38.

<sup>1532</sup> EHRM 11 februari 2010, nr. 31465/08, *Raza v. Bulgarije*, par. 63.

<sup>1533</sup> EHRM 24 april 2008, nr. 1365/07, *C.G. e.a. v. Bulgarije*, par. 47. Zie ook K. HAILBRONNER (ed.), *EU Immigration and Asylum Law: Commentary*, München, C.H. Beck – Hart – Nomos, 2010, 281.

<sup>1534</sup> Art. 5 lid 5 en 17 Richtl. 2003/86/EG.

<sup>1535</sup> Zie EHRM 10 januari 2012, nr. 22251/07, *G.R. v. Nederland*, par. 43-53.

## **§ 2. Interne bescherming omwille van andere factoren**

614. Er zijn nog andere interne factoren die verbonden zijn met de individuele omstandigheden van de vreemdeling op het grondgebied van de lidstaten zelf, die bij verwijdering aanleiding kunnen geven tot een schending van de fundamentele rechten die de vreemdeling op het grondgebied van de lidstaat zelf geniet.

615. Zo bepaalt de Terugkeerrichtlijn dat een gedwongen verwijdering *mag* worden uitgesteld in een individueel geval voor een passende termijn, waarbij met name rekening wordt gehouden met de fysieke of mentale gesteldheid van de derdelander of met technische redenen, zoals het ontbreken van vervoersmiddelen of het mislukken van de verwijdering wegens onvoldoende identificatie.<sup>1536</sup> Het gebruik van de woorden ‘met name’ duidt er op dat het een niet-exhaustieve opsomming betreft van factoren op basis waarvan de lidstaten kunnen bepalen dat ze overgaan tot een uitstel van verwijdering.<sup>1537</sup> De lidstaten kunnen dus in hun wetgeving andere gronden voorzien op basis waarvan een uitstel van verwijdering kan worden bevolen, zolang dit verenigbaar is met de richtlijn.<sup>1538</sup>

616. In eerste instantie refereert de Terugkeerrichtlijn naar de relevante rechtspraak van het EHRM, waarin niet werd uitgesloten dat een verwijdering op zich artikel 3 EVRM kan schenden als de fysieke of mentale gezondheid van een vreemdeling het reizen niet toelaat.<sup>1539</sup> Het uitvoeren van een verwijdering wanneer de fysieke of mentale gezondheid van de vreemdeling dit niet toelaat, staat dan gelijk met een onmenselijke of vernederende behandeling, behalve indien de Staat, bijvoorbeeld in het geval van zelfmoord, de nodige voorzorgsmaatregelen neemt.<sup>1540</sup> Het maakt niet uit of de slechte behandeling te wijten is aan een natuurlijk voorkomende ziekte of aan de vreemdeling zelf (bijvoorbeeld in geval van zelfmoord), zolang de vereiste minimumdrempel van hardheid wordt bereikt.<sup>1541</sup>

De verwijzing in de Terugkeerrichtlijn naar de aan Beschikking 2004/573/EG gehechte gemeenschappelijke richtsnoeren voor veiligheidsvoorzieningen voor gezamenlijke verwijdering door de lucht, is ook hier relevant.<sup>1542</sup> Daarin wordt gesteld dat de lidstaten zich ervan moeten vergewissen dat de vreemdeling die wordt gerepatrieerd in een geschikte gezondheidstoestand is om legaal en feitelijk door de lucht te kunnen worden verwijderd.<sup>1543</sup> Een medisch dossier moet worden verstrekt voor vreemdelingen van wie bekend is dat zij een medische aandoening hebben of voor wie medische behandeling vereist is. De lidstaten behouden het recht om een vreemdeling met een medische aandoening voor wie de terugkeer

---

<sup>1536</sup> Art. 9 lid 2 Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1537</sup> S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, supra noot 1110, 569.

<sup>1538</sup> M. SCHIEFFER in K. HAILBRONNER (ed), *EU Immigration and Asylum Law: Commentary*, München, C.H. Beck – Hart – Nomos, 2010, 1529.

<sup>1539</sup> P. VAN DIJK, F. VAN HOOFF, A. VAN RIJN, L. ZWAAN, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 428. Zie de bespreking in Hoofdstuk 1 van Deel 1 van EHRM 2 mei 1997, nr. 30240/96, *D v. Verenigd Koninkrijk*, par. 53 in de meest enge zin, alsook EHRM 27 mei 2008, nr. 26565/05, *N. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 47 en Europese Commissie Mensenrechten 4 september 1995, nr. 25342/94, *Raidl v. Oostenrijk* (onontvankelijkheidsbeslissing); EHRM 6 februari 2001, nr. 44599/98, *Bensaid v. Verenigd Koninkrijk*, par. 37, in de meest enge zin alsook Europese Commissie Mensenrechten 26 oktober 1995, nr. 28419/95, *Kharsa v. Zweden* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>1540</sup> EHRM 10 april 2012, nr. 60286/09, *Balogun v. Verenigd Koninkrijk*, par. 32-34. Zie ook Europese Commissie Mensenrechten 7 december 1995, nr. 28285/95, *Nikovic v. Zweden* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>1541</sup> EHRM 10 april 2012, nr. 60286/09, *Balogun v. Verenigd Koninkrijk*, par. 31.

<sup>1542</sup> Art. 8 lid 5 Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1543</sup> Beschikking van de raad van 29 april 2004 inzake het organiseren van gezamenlijke vluchten voor de verwijdering van onderdanen van derde landen tegen wie individuele verwijderingsmaatregelen zijn genomen van het grondgebied van twee of meer lidstaten, *Pb.L.* 6 augustus 2004, afl. 261, 28, zie punt 1.1.2.

niet verenigbaar is met de beginselen van veiligheid en waardigheid, de toegang tot een gezamenlijke vlucht te weigeren. Er moet minstens één arts op de vlucht aanwezig zijn.

617. Wat betreft technische redenen als grond voor een uitstel van de verwijdering, werd in het Commissievoorstel verduidelijkt dat het voornamelijk technische redenen betreft die het onmogelijk maken om de vreemdeling op een humane manier en met de eerbiediging van zijn grondrechten en waardigheid, het land uit te zetten.<sup>1544</sup> Het kan daarbij gaan om een gebrek aan vervoersmiddelen alsook het mislukken van de verwijdering wegens onvoldoende identificatie. Met betrekking tot dit laatste geval verwijst de Terugkeerrichtlijn eveneens impliciet tot de rechtspraak van het EHRM met betrekking tot de opeenvolgende en mislukte pogingen tot verwijderingen van vreemdelingen met een onzekere identiteit, die in bepaalde gevallen aanleiding kan geven tot een schending van artikel 3 EVRM.<sup>1545</sup>

In het Commissievoorstel werden voornoemde omstandigheden, m.n. de fysieke of mentale gesteldheid van de vreemdelingen alsook de technische redenen die een humane verwijdering van de vreemdeling beletten, als bindende gronden beschouwd op basis waarvan de lidstaten de verwijdering moesten uitstellen.<sup>1546</sup> In de huidige Terugkeerrichtlijn gaat het enkel om een mogelijkheid tot uitstel van verwijdering, waarvan lidstaten bij omzetting van de richtlijn gebruik kunnen maken. Er moet worden benadrukt dat de mogelijkheid van uitstel tot verwijdering enkel geldt voor gevallen van gedwongen verwijdering.<sup>1547</sup> Niettemin, hoewel het enkel een mogelijkheid tot uitstel van verwijdering betreft, moet de Terugkeerrichtlijn worden uitgevoerd in overeenstemming met de grondrechten zoals voorzien in het EVRM en het Handvest. In dat opzicht speelt de naleving door de lidstaten van artikel 3 EVRM en artikel 4 Handvest, een belangrijke en bindende rol.

618. Met betrekking tot de vrijwillige verwijdering bepaalt de Terugkeerrichtlijn dat de lidstaten zo nodig de termijn voor het vrijwillig vertrek met een passende periode verlengen, rekening houdend met de specifieke omstandigheden van het individuele geval, zoals de verblijfsduur, het feit dat er schoolgaande kinderen zijn of het bestaan van andere gezinsbanden en sociale banden.<sup>1548</sup> In het Commissievoorstel werd oorspronkelijk voorzien dat indien er op een lidstaat verplichtingen rusten die voortvloeien uit grondrechten zoals vastgelegd in het EVRM, zoals het recht op onderwijs en op eerbiediging van het gezins- en privéleven, er geen terugkeerbesluit wordt uitgevaardigd.<sup>1549</sup> De Terugkeerrichtlijn gaat niet zover om te stellen dat aan schoolgaande kinderen in het kader van hun recht op onderwijs er geen terugkeerbesluit mag worden uitgevaardigd. Wel moeten de lidstaten in zo'n geval het vrijwillig vertrek verlengen. De richtlijn verbindt geen maximumtermijn aan deze verlenging, en men zou kunnen stellen dat de verlenging minstens moet toelaten dat de betrokken

---

<sup>1544</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, 1 september 2005, COM(2005) 391 definitief, 16.

<sup>1545</sup> Zie bespreking in Hoofdstuk 1 van Deel 1 van Europese Commissie Mensenrechten, nr. 7612/76, *Giam v. België*, DR 21, 73; Europese Commissie Mensenrechten 17 december 1976, nr. 7729/76, *Agee v. Verenigd Koninkrijk* (onontvankelijkheidsbeslissing); Europese Commissie Mensenrechten 14 mei 1984, nr. 10400/83, *Z. v. Nederland* (onontvankelijkheidsbeslissing); EHRM 5 maart 1986, nr. 10798/84, *Harabi v. Nederland* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>1546</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, 1 september 2005, COM(2005) 391 definitief, 16.

<sup>1547</sup> M. SCHIEFFER in K. HAILBRONNER (ed.), *EU Immigration and Asylum Law: Commentary*, München, C.H. Beck – Hart – Nomos, 2010, 1529.

<sup>1548</sup> Art. 7 lid 2 Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1549</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, 1 september 2005, COM(2005) 391 definitief, 15.

kinderen hun schooljaar kunnen afmaken.<sup>1550</sup> De woorden ‘zo nodig’ verduidelijken dat de redenen voor de verlenging van de vrijwillige vertrektermijn zowel kunnen voortvloeien uit de individuele omstandigheden van de vreemdelingen als van de lidstaat, en ‘zoals’ duidt erop dat het hier geen exhaustieve opsomming betreft van omstandigheden die aanleiding tot verlenging kunnen geven.<sup>1551</sup> Wederom kunnen lidstaten dus in hun wetgeving andere gronden voorzien op basis waarvan een verlenging van de vertrektermijn kan worden toegestaan, zolang dit verenigbaar is met de richtlijn.

619. Wat de gevolgen zijn van een uitstel van de verwijdering of een verlenging van de vertrektermijn, zoals voorzien in de Terugkeerrichtlijn, en hoe de toegang tot bescherming wordt gegarandeerd, werd reeds hierboven besproken onder Hoofdstuk 2 van Deel 1, Afdeling 1, §3. De beginselen blijven hetzelfde. Met betrekking tot een eventuele regularisatie van de situatie van de illegaal verblijvende vreemdeling, moet worden gewezen op de rechtspraak van het EHRM waarin wordt gesteld dat in het geval van een staatloze of enige andere vreemdeling die omwille van een onzekere identiteit, buiten zijn wil om, niet verwijderd kan worden, de Staat een geschikte oplossing dient te vinden. Het Hof lijkt daar aan te sturen op de toekenning van een verblijfsrecht (het nemen van maatregelen om de situatie op het grondgebied te ‘regulariseren’), indien geen alternatief opvangland wordt gevonden.<sup>1552</sup> In elk geval, indien er sprake is van een schrijnend of humanitair geval, dan kunnen lidstaten te allen tijde een verblijfsvergunning verstrekken.<sup>1553</sup>

---

<sup>1550</sup> M. SCHIEFFER in K. HAILBRONNER (ed.), *EU Immigration and Asylum Law: Commentary*, München, C.H. Beck – Hart – Nomos, 2010, 1526.

<sup>1551</sup> M. SCHIEFFER in K. HAILBRONNER (ed.), *EU Immigration and Asylum Law: Commentary*, München, C.H. Beck – Hart – Nomos, 2010, 1525.

<sup>1552</sup> EHRM 5 maart 1986, nr. 10798/84, *Harabi v. Nederland* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>1553</sup> Art. 6 lid 4 Richtl. 2008/115/EG.



### Afdeling 3. Unierechtelijke standaarden inzake gemengde bescherming

620. De EU biedt tenslotte ook, in mindere of meerdere mate, bescherming aan vreemdelingen die een beschermingsnood hebben zowel t.a.v. het land van herkomst als t.a.v. de EU-lidstaat op wiens grondgebied ze zich bevinden (de zgn. gemengde bescherming).<sup>1554</sup>

Het proefschrift concentreert zich op de situatie van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen, slachtoffers van mensenhandel en slachtoffers van arbeidsgerelateerde uitbuiting en van illegale tewerkstelling als minderjarige, wiens kwetsbaar profiel de nood aan deze gemengde bescherming versterkt.

---

<sup>1554</sup> D. VANHEULE, "Internationale bescherming in de Vreemdelingenwet: asiel en meer", *supra* noot 13, 448-449.

## **§ 1. De slachtoffers van mensenhandel en mensensmokkel**

621. Het gemeenschappelijk optreden dat in 1997 ter bestrijding van mensenhandel en seksuele uitbuiting van kinderen door de Raad werd aangenomen,<sup>1555</sup> is sindsdien opgevolgd door de talrijke wetgevende initiatieven en beleidsmaatregelen. De Europese Raad verklaarde n.a.v. zijn bijeenkomst in Tampere van 15 en 16 oktober 1999 dat het vastbesloten was om de illegale immigratie bij de bron aan te pakken, meer bepaald door de strijd aan te binden met diegenen die zich met mensensmokkel en economische uitbuiting van migranten bezighouden. Er werd met name aangedrongen op aanvullende wetgevende bepalingen om bepaalde aspecten van de strijd tegen mensenhandel verder te regelen, inclusief gemeenschappelijke definities, strafbaarstellingen en straffen. In 2000 werd namens de Europese Gemeenschap in Palermo het VN-Verdrag tegen grensoverschrijdende misdaad alsook de daarbij gevoegde protocollen betreffende de bestrijding van mensenhandel en het smokkelen van immigranten over land, door de lucht en over de zee ondertekend.

622. Als een eerste stap werd in 2002 een kaderbesluit inzake de bestrijding van mensenhandel aangenomen, dat de onderlinge aanpassing van de wetgeving van lidstaten op het gebied van politionele en justitiële samenwerking in strafzaken met het oog op de bestrijding van mensenhandel tot doel had.<sup>1556</sup> Het was de bedoeling op Europees niveau een kader van gemeenschappelijke maatregelen in te voeren voor bepaalde kwesties als strafbaarstelling, sancties, verzwarende omstandigheden, bevoegdheid en uitlevering. Aanvullend werden ook maatregelen genomen tegen het verlenen van hulp bij illegale immigratie, zowel in verband met illegale grensoverschrijding in enge zin als in verband met het bevoorraden van netwerken waarin mensen worden uitgebuit, waarbij onder meer een omschrijving wordt gegeven van de inbreuk en de gevallen waarin de inbreuk niet wordt bestraft.<sup>1557</sup>

623. Het kaderbesluit van 2002 werd vervangen door richtlijn 2011/36/EU die niet enkel handelt over de voorkoming en bestrijding van mensenhandel maar eveneens over de bescherming van de slachtoffers van mensenhandel.<sup>1558</sup> In een gemeenschappelijke definitie wordt mensenhandel omschreven als het werven, vervoeren, overbrengen, huisvesten of opnemen van personen, daaronder begrepen de wisseling of overdracht van de controle over deze personen, door dreiging met of gebruik van geweld of andere vormen van dwang, door ontvoering, bedrog, misleiding, machtsmisbruik of misbruik van een kwetsbare positie of het verstrekken of in ontvangst nemen van betalingen of voordelen, teneinde de instemming van een persoon te verkrijgen die controle heeft over een andere persoon, ten behoeve van uitbuiting. Met een 'kwetsbare positie' wordt een situatie bedoeld waarin de betrokkene geen andere werkelijke of aanvaardbare keuze heeft dan het misbruik te ondergaan. Het begrip 'uitbuiting' omvat ten minste de uitbuiting van de prostitutie van anderen, andere vormen van seksuele uitbuiting, gedwongen arbeid of dienstverlening — waaronder bedelarij — slavernij en met slavernij vergelijkbare praktijken, dienstbaarheid, uitbuiting van strafbare activiteiten,

---

<sup>1555</sup> Gemeenschappelijk optreden 97/154/JBZ van de Raad van 24 februari 1997 ter bestrijding van mensenhandel en seksuele uitbuiting van kinderen, *Pb.L.* 4 maart 1997, afl. 63/2.

<sup>1556</sup> Kaderbesluit 2002/629/JBZ van de Raad van 19 juli 2002 inzake bestrijding van mensenhandel, *Pb.L.* 1 augustus 2002, afl. 203/1.

<sup>1557</sup> Richtl. Raad 2002/90/EG, 28 november 2002 tot omschrijving van hulpverlening bij illegale binnenkomst, illegale doortocht en illegaal verblijf, *Pb.L.* 5 december 2002, afl. 328/17. Kaderbesluit 2002/946/JBZ van de Raad van 28 november 2002 tot versterking van het strafrechtelijk kader voor de bestrijding van hulpverlening bij illegale binnenkomst, illegale doortocht en illegaal verblijf, *Pb.L.* 5 december 2002, afl. 328/1.

<sup>1558</sup> Richtl. Parl. en Raad 2011/36/EU, 5 april 2011 inzake de voorkoming en bestrijding van mensenhandel en de bescherming van slachtoffers daarvan, en ter vervanging van Kaderbesluit 2002/629/JBZ van de Raad, *Pb.L.* 15 april 2011, afl. 101/1.

en de verwijdering van organen. Uitbuiting bestaat van zodra dwang wordt uitgeoefend op de persoon (dreiging met of gebruik van geweld, ontvoering, fraude, bedrog, enz.), ongeacht of het slachtoffer toestemming heeft gegeven. Wanneer het slachtoffer een kind is (een persoon jonger dan 18 jaar) vallen deze daden van uitbuiting automatisch onder mensenhandel, zelfs als er geen zoals hierboven genoemde dwang werd gebruikt.<sup>1559</sup>

624. De richtlijn voorziet sancties en bepalingen m.b.t. de aansprakelijkheid van de betrokken daders en rechtspersonen. Daarbij wordt aangegeven dat lidstaten kunnen besluiten om de slachtoffers van mensenhandel niet te vervolgen of te bestraffen voor hun betrokkenheid bij de criminele activiteiten waartoe ze werden gedwongen.<sup>1560</sup>

625. Er zijn verder ook bepalingen m.b.t. de bijstand, ondersteuning en bescherming van de slachtoffers. Het doel is om de slachtoffers te beschermen tegen secundaire victimisatie en bijkomende trauma's tijdens de strafprocedure. Zo moeten lidstaten erover waken dat ondersteuning en bijstand worden geboden aan de slachtoffers voor, tijdens en na de strafprocedure, zodat ze de rechten kunnen uitoefenen die ze krijgen in de hoedanigheid van slachtoffer in de strafprocedure. Deze hulp kan met name bestaan uit het verstrekken van huisvesting, medische zorg, waaronder psychologische begeleiding, maar ook informatie, vertolking en vertaling indien nodig.<sup>1561</sup> Tijdens het onderzoek en de strafrechtelijke procedures moeten de slachtoffers een *adequate bescherming* krijgen, met inbegrip van de toegang tot juridische bijstand en vertegenwoordiging, desnoods gratis, en tot een getuigenbeschermingsprogramma, indien nodig. Elk verder trauma van het slachtoffer moet worden vermeden, bijvoorbeeld door hen het contact met de verdachte te besparen.<sup>1562</sup> Naast algemene maatregelen ten behoeve van de slachtoffers van mensenhandel, moeten de lidstaten voorzien in bijstand, ondersteuning en bescherming voor minderjarige slachtoffers.<sup>1563</sup> Deze specifieke maatregelen dienen, conform het Verdrag van de Verenigde Naties van 1989 inzake de rechten van het kind, in het belang van het kind te worden getroffen. Indien de leeftijd van een slachtoffer van mensenhandel niet zeker is en er redenen zijn om aan te nemen dat deze leeftijd minder is dan 18 jaar, moet het slachtoffer als minderjarig worden beschouwd en onmiddellijk bijstand, ondersteuning en bescherming krijgen.

626. Als bijzonder kwetsbare slachtoffers moeten kinderen aanvullende hulp genieten: bijstands- en ondersteuningsmaatregelen voor minderjarige slachtoffers moeten gericht zijn op hun fysieke en psychosociale herstel en op een duurzame oplossing voor de betrokkene. Toegang tot onderwijs zal de maatschappelijke integratie van de minderjarige bevorderen en, in bepaalde gevallen, is er de mogelijkheid om hen een voogd of vertegenwoordiger toe te wijzen. Omdat minderjarige slachtoffers van mensenhandel bijzonder kwetsbaar zijn, moeten aanvullende beschermingsmaatregelen beschikbaar zijn om hen te beschermen tijdens ondervragingen in het kader van het strafonderzoek en de strafprocedure. Kinderen moeten kunnen genieten van specifieke maatregelen, met name wat betreft de voorwaarden voor hun verhoren. Zij zullen met name zonder vertraging worden geïnterviewd, in geschikte ruimtes en door mensen die voor dit doel professioneel zijn opgeleid.

627. Bijzondere aandacht dient uit te gaan naar niet-begeleide minderjarige slachtoffers van mensenhandel, aangezien zij zich in een erg kwetsbare situatie bevinden en derhalve

---

<sup>1559</sup> Art. 2 Richtl. 2011/36/EU.

<sup>1560</sup> Art. 8 Richtl. 2011/36/EU.

<sup>1561</sup> Art. 11 Richtl. 2011/36/EU.

<sup>1562</sup> Art. 12 Richtl. 2011/36/EU.

<sup>1563</sup> Art. 14 en 15 Richtl. 2011/36/EU.

specifieke bijstand en ondersteuning behoeven.<sup>1564</sup> Vanaf het ogenblik dat een niet-begeleid minderjarig slachtoffer van mensenhandel wordt geïdentificeerd en totdat er een duurzame oplossing wordt gevonden, moeten de lidstaten voorzien in opvangmaatregelen die aan de behoeften van de minderjarige beantwoorden, en moeten zij ervoor zorgen dat de toepasselijke procedurele waarborgen worden toegepast. De nodige maatregelen moeten worden genomen om ervoor te zorgen dat in voorkomend geval een voogd en/of een vertegenwoordiger voor de minderjarige worden/wordt aangesteld, teneinde diens belangen te vrijwaren. Er dient zo spoedig mogelijk een beslissing over de toekomst van elk niet-begeleid minderjarig slachtoffer te worden genomen met het oog op een duurzame oplossing op basis van een individuele beoordeling, waarin de belangen van het kind moeten vooropstaan. Duurzame oplossingen zijn onder meer terugkeer en re-integratie in het land van herkomst of van terugkeer, integratie in het gastland, het verlenen van een internationale beschermingsstatus of het verlenen van een andere status overeenkomstig het nationaal recht van de lidstaten. Deze specifieke beschermende maatregelen gelden voor alle slachtoffers van mensenhandel en hebben bijgevolg geen betrekking op de voorwaarden voor het verblijf van slachtoffers van mensenhandel op het grondgebied van de lidstaten, aangezien het toekennen van een verblijf afhankelijk wordt gesteld van de samenwerking met de nationale overheden bij het bestrijden van mensenhandel.<sup>1565</sup>

628. In 2004 werd een richtlijn aangenomen die het mogelijk maakt een verblijfstitel toe te kennen aan derdelanders die het slachtoffer zijn van mensenhandel of hulp hebben gekregen bij illegale immigratie indien ze hun medewerking verlenen bij het bestrijden van dergelijke strafbare feiten.<sup>1566</sup> De richtlijn is van toepassing op derdelanders die volgens de wetgeving van de betrokken lidstaat de meerderjarige leeftijd hebben bereikt. De lidstaten kunnen evenwel besluiten deze richtlijn op minderjarigen toe te passen onder de in hun nationaal recht omschreven voorwaarden. De lidstaten moeten de richtlijn toepassen op slachtoffers van mensenhandel ook als zij het grondgebied van de lidstaten illegaal zijn binnengekomen (bindend). De lidstaten kunnen de richtlijn toepassen op derdelanders die hulp gekregen hebben bij illegale immigratie (optioneel).<sup>1567</sup> Er is een algemene waarborgclausule met betrekking tot de bescherming van vluchtelingen, rechthebbenden op subsidiaire bescherming, asielzoekers en de eerbiediging van mensenrechten. Voorts geldt een algemene non-discriminatieclausule.<sup>1568</sup> De lidstaten mogen gunstiger bepalingen vaststellen of handhaven voor personen die niet onder deze richtlijn vallen.<sup>1569</sup>

629. In de eerste plaats dienen de lidstaten mogelijke slachtoffers van mensenhandel (optioneel: slachtoffers van mensensmokkel) op de hoogte te brengen van de mogelijkheden die de richtlijn hen biedt. Ofwel doen ze dat zelf of wordt deze informatie verstrekt door vereniging of NGO's die daartoe speciaal aangewezen zijn.<sup>1570</sup> De slachtoffers krijgen vervolgens bedenktijd om te herstellen en zich te onttrekken aan de invloed van de daders van de strafbare feiten zodat zij met kennis van zaken kunnen beslissen of zij al dan niet bereid zijn om met de bevoegde autoriteiten samen te werken. De duur en aanvang van de bedenktijd wordt vastgesteld overeenkomstig het nationale recht van de lidstaten. Tijdens deze bedenktijd mag geen verwijderingsmaatregel worden uitgevoerd maar wordt evenmin een verblijfsrecht toegekend.

---

<sup>1564</sup> Art. 16 Richtl. 2011/36/EU.

<sup>1565</sup> Zie overweging nr. 17 preambule Richtl. 2011/36/EU.

<sup>1566</sup> Richtl. Raad 2004/81/EG, 29 april 2004 betreffende de verblijfstitel die in ruil voor samenwerking met de bevoegde autoriteiten wordt afgegeven aan onderdanen van derde landen die het slachtoffer zijn van mensenhandel of hulp hebben gekregen bij illegale immigratie, *Pb.L.* 6 augustus 2004, afl. 261, 19.

<sup>1567</sup> Art. 3 Richtl. 2004/81/EG.

<sup>1568</sup> Overwegingen nrs. 4 en 7 preambule Richtl. 2004/81/EG.

<sup>1569</sup> Art. 4 Richtl. 2004/81/EG.

<sup>1570</sup> Art. 5 Richtl. 2004/81/EG.

630. Gedurende de bedenktijd beschikken de slachtoffer over de volgende rechten: zij mogen in het land blijven; zij hebben recht op de toegang tot huisvesting, medische verzorging en, indien nodig, psychologische begeleiding; zij kunnen indien nodig een beroep doen op vertaal- en tolkdiensten; zij krijgen gratis rechtsbijstand, indien voorzien in de nationale wetgeving. De bevoegde autoriteiten moeten vervolgens oordelen of de aanwezigheid van het slachtoffer nuttig is voor het onderzoek, of het slachtoffer duidelijk bereid is om mee te werken en of het slachtoffer elke band met de vermoedelijke daders heeft verbroken.<sup>1571</sup> Wanneer aan de bovenstaande drie voorwaarden op cumulatieve wijze is voldaan, geacht of het slachtoffer de lidstaat op illegale wijze is binnengekomen, en het slachtoffer geen bedreiging vormt voor de openbare orde en de interne veiligheid, wordt een kortlopende verblijfstitel afgegeven. De verblijfstitel heeft een minimale geldigheidsduur van zes maanden en kan worden verlengd onder dezelfde voorwaarden als die welke voor de afgifte ervan gelden.<sup>1572</sup>

631. Door deze verblijfstitel krijgt het slachtoffer, bovenop de rechten die reeds werden toegekend tijdens de bedenktijd, toegang tot de arbeidsmarkt alsook tot onderwijs en een beroepsopleiding, overeenkomstig de in de nationale wetgeving bepaalde voorwaarden. De lidstaten dienen de betrokken slachtoffers ook de mogelijkheid te bieden aan integratieprogramma's deel te nemen die bedoeld zijn om hen te helpen integreren in het gastland of hen voor te bereiden op hun terugkeer naar hun land van herkomst. De EU-landen kunnen deelname aan dergelijke programma's als voorwaarde stellen voor de afgifte of verlenging van de verblijfstitel.<sup>1573</sup>

632. Wanneer lidstaten besluiten de richtlijn eveneens op kinderen toe te passen, dienen lidstaten naar behoren rekening te houden met de belangen van het kind. Zo dient de procedure afgestemd te zijn op de leeftijd en de maturiteit van het kind, bijvoorbeeld door de mogelijkheid te voorzien om de bedenktijd te verlengen. Kinderen krijgen onder dezelfde voorwaarden als de nationale onderdanen toegang tot onderwijs. Voor niet-begeleide minderjarigen zijn specifieke maatregelen voorzien. Zo moeten lidstaten de nodige maatregelen voorzien om de identiteit en nationaliteit van minderjarigen vast te stellen en om vast te stellen dat ze niet begeleid zijn. Alles dient in het werk te worden gesteld om de families van de minderjarigen zo snel mogelijk terug te vinden. Daarnaast dient de juridische vertegenwoordiging van NBM's zo snel mogelijk te worden verzekerd.<sup>1574</sup> De lidstaten moeten voorzien in de bijzondere behoeften van bepaalde categorieën slachtoffers, zoals zwangere vrouwen, gehandicapten en slachtoffers van verkrachting of andere vormen van geweld.

633. De verblijfstitel wordt niet verlengd indien niet langer aan de voorwaarden van deze richtlijn is voldaan of indien de desbetreffende procedures zijn voltooid. Na afloop van de geldigheidstermijn is het gewone vreemdelingenrecht van toepassing. De verblijfstitel kan worden ingetrokken om redenen die verband houden met de openbare orde, de nationale veiligheid, misbruik of fraude. De verblijfstitel kan ook worden ingetrokken wanneer het slachtoffer opnieuw contact opneemt met de vermoedelijke daders van de strafbare feiten, wanneer hij/zij niet langer aan het onderzoek meewerkt of wanneer de procedures worden beëindigd.<sup>1575</sup>

---

<sup>1571</sup> Art. 6 en 7 Richtl. 2004/81/EG.

<sup>1572</sup> Art. 8 Richtl. 2004/81/EG.

<sup>1573</sup> Art. 9, 11 en 12 Richtl. 2004/81/EG.

<sup>1574</sup> Art. 10 Richtl. 2004/81/EG.

<sup>1575</sup> Art. 13 Richtl. 2004/81/EG.

634. Een Commissieëvaluatie van en toezicht op de uitvoering van het EU-plan inzake de beste praktijken, normen en procedures bij de voorkoming en bestrijding van mensenhandel bracht in 2008 aan het licht dat de toekenning van het aantal verblijfsvergunningen in de lidstaten vrij laag was.<sup>1576</sup> Volgens PEERS is dit een indicatie dat de Richtlijn niet in staat is geweest *“to avoid the inherent tension between trying to combat irregular immigration by encouraging victims of trafficking and smuggling to testify, and the risk that the incentives offered to the victims would either be abused or have the result that the victims would be able to stay in the ‘host’ member State longer than it would wish.”*<sup>1577</sup> Hoewel de Europese Commissie in het rapport aangaf dat *“Therefore, further regulation might be necessary in order to ensure more effective victim support mechanisms,”*<sup>1578</sup> is er zover geen enkel wetgevend initiatief in die zin bekend.

635. Richtlijn 2004/81/EG is duidelijk minder ruim dan het VN-Protocol Mensenhandel of het Mensenhanderverdrag van de Raad van Europa. In deze twee laatste instrumenten wordt immers ook de mogelijkheid voorzien om een verblijfsvergunning toe te kennen aan slachtoffers van mensenhandel indien humanitaire omstandigheden of persoonlijke omstandigheden dit noodzakelijk maken, bijvoorbeeld om verdere uitbuiting te voorkomen, zonder dat in ruil hiervoor met de bevoegde overheden moet worden samengewerkt in een eventueel strafrechtelijk onderzoek. Voorts zijn het VN-Protocol Mensenhandel en het Mensenhanderverdrag van de Raad van Europa duidelijk van toepassing op minderjarigen. In tegenstelling tot richtlijn 2004/81/EG is de werkingssfeer van deze twee instrumenten ten aanzien van minderjarigen niet optioneel.

636. Mensenhandel wordt uitdrukkelijk verboden in artikel 5 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie<sup>1579</sup> en de strijd tegen mensenhandel is ook een prioriteit van de EU in het programma van Stockholm.<sup>1580</sup>

637. Een EU-coördinator voor de bestrijding van mensenhandel werd benoemd, die in maart 2011 met haar werkzaamheden is begonnen en die toezicht zal houden op de tenuitvoerlegging van het EU-beleid terzake alsook de coördinatie en coherentie tussen de EU-instelling, EU-agentschappen, lidstaten, derde landen en internationale actoren zal verbeteren. In 2012 lanceerden de Europese Commissie en de Raad een EU-strategie voor de uitroeiing van mensenhandel (2012-2016), waarin vijf prioriteiten worden aangeduid, waaronder de identificatie, bescherming en ondersteuning van de slachtoffers van mensenhandel, waarbij in het bijzonder aandacht wordt besteed aan de bescherming van kinderen. Het actieplan streeft voornamelijk naar een grensoverschrijdende aanpak van *‘best practices’*, waarbij lidstaten elkaar helpen bij het opsporen en beschermen van slachtoffers, eerder dan de aanneming van nieuwe regelgeving. Slachtoffers moeten ook beter worden voorgelicht over hun rechten in de EU.<sup>1581</sup>

---

<sup>1576</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Werkdocument van de Commissie: Evaluatie van en toezicht op de uitvoering van het EU-plan inzake de beste praktijken, normen en procedures bij de voorkoming en bestrijding van mensenhandel, Brussel, 17 oktober 2008, COM(2008) 657, 3-4.

<sup>1577</sup> S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 561.

<sup>1578</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Werkdocument van de Commissie: Evaluatie van en toezicht op de uitvoering van het EU-plan inzake de beste praktijken, normen en procedures bij de voorkoming en bestrijding van mensenhandel, Brussel, 17 oktober 2008, COM(2008) 657, 4.

<sup>1579</sup> Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, *Pb.C.* 30 maart 2010, afl. 83, 395.

<sup>1580</sup> Punt 4.4.2. in meerjarenprogramma 2010-2014 betreffende de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht: Stockholmprogramma, Raadsdocument nr. 17024/09 van 2 december 2009, *Pb.C.* 4 mei 2010, afl. 115, 32.

<sup>1581</sup> Europese Commissie, Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de regio's, De EU-strategie voor de uitroeiing van mensenhandel 2012-2016, COM(2012) 286 definitief en de conclusies van de JBJ-Raad van 25 oktober 2012 terzake, doc. 11838/6/12 REV 6 GENVAL 46 DROIPEN 91 JAI 473 JAIEX 52 MIGR 68 RELEX 601 COSI 65.

## **§ 2. Niet-begeleide minderjarige vreemdelingen**

638. Drywood stelt dat “... *EU asylum and immigration legislation (...) is awash with child-sensitive provisions*”.<sup>1582</sup> Dit is het gevolg van een weloverwogen beleid om kinderrechten horizontaal in het EU-asiel- en migratiebeleid te integreren.<sup>1583</sup> Het EU-beleid terzake wordt onderpind door artikel 24 van het Handvest dat een aantal sleutelbeginselen van het VN-Kinderrechtenverdrag herneemt:

*“1. Kinderen hebben recht op de bescherming en de zorg die nodig zijn voor hun welzijn. Zij mogen vrijelijk hun mening uiten. Aan hun mening in aangelegenheden die hen betreffen wordt passend belang gehecht in overeenstemming met hun leeftijd en rijpheid.*

*2. Bij alle handelingen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden verricht door overheidsinstanties of particuliere instellingen, vormen de belangen van het kind de eerste overweging.*

*3. Ieder kind heeft er recht op regelmatig persoonlijke betrekkingen en rechtstreekse contacten met zijn beide ouders te onderhouden, tenzij dit tegen zijn belangen indruist.”*<sup>1584</sup>

Artikel 24 van het Handvest moet door de EU-lidstaten worden nageleefd in zoverre het Unierecht wordt uitgevoerd. Het Hof heeft er voorts reeds op gewezen dat het VN-Kinderrechtenverdrag behoort tot de internationale instrumenten ter bescherming van de rechten van de mens, waarmee het Hof rekening houdt bij de toepassing van de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht.<sup>1585</sup>

639. Niet-begeleide minderjarige vreemdelingen (hierna: NBM) worden in de EU-wetgeving gedefinieerd als “*een minderjarige die zonder begeleiding van een voor hem hetzij wettelijk, hetzij volgens de praktijk van de betrokken lidstaat verantwoordelijke volwassene op het grondgebied van de lidstaten aankomt, zolang hij niet daadwerkelijk onder de hoede van een dergelijke volwassene is gesteld; ook vallen onder deze definitie minderjarigen die, nadat zij het grondgebied van de lidstaten zijn binnengekomen, zonder begeleiding zijn komen te verkeren.*”<sup>1586</sup>

640. De rode draad doorheen het EU-asiel- en migratiebeleid is dat elke NBM in de eerste plaats als een minderjarige moet worden gezien en behandeld, eerder dan als een asielzoeker, een slachtoffer van mensenhandel of een illegaal verblijvende migrant, zoals wordt bepaald in artikel 3 van het VN-Kinderrechtenverdrag en General Comment nr. 5 van het Kinderrechtencomité.<sup>1587</sup>

Bijzondere aandacht moet dan ook worden geschonken aan de bijzondere omstandigheden van NBM's.<sup>1588</sup> Van belang is dat een kind zo snel mogelijk wordt geïdentificeerd als een NBM, zodat overheden het onmiddellijk de nodige bescherming en zorg bieden, aldus de EU.<sup>1589</sup>

---

<sup>1582</sup> E. DRYWOOD, “Challenging Concepts of the ‘Child’ in Asylum and Immigration Law: The Example of the EU”, *Journal of Social Welfare and Family Law* 2010, 311.

<sup>1583</sup> Zie bijvoorbeeld Commissie van de Europese Gemeenschappen, Mededeling van de Commissie “Naar een EU-strategie voor de rechten van het kind”, Brussel, 4 juli 2006, COM(2006) 367 final.

<sup>1584</sup> Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, *Pb.C.* 30 maart 2010, afl. 83, 396.

<sup>1585</sup> HvJ 27 juni 2006, nr. C-540/03, Parlement v. Raad, par. 37.

<sup>1586</sup> Zie bijvoorbeeld Art. 2 (f) Richtl. 2001/55/EG, art. 2 (i), art. 2 (l) Richtl. 2011/95/EG, art. 2 (h) Richtl. 2005/85/EG en art. 2 (m) Richtl. 2013/32/EU.

<sup>1587</sup> Europese Commissie, “Shaping a common approach on unaccompanied minors”, 28 september 2012, Memo/12/716.

<sup>1588</sup> Zie punt 6.1.7. in het Meerjarenprogramma 2010-2014 betreffende de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht: Stockholmprogramma, Raadsdocument nr. 17024/09 van 2 december 2009, *Pb.C.* 4 mei 2010, afl. 115, 32.

<sup>1589</sup> Zie in deze zin Verord. Parl. en Raad nr. 562/2006/EG, 15 maart 2006, tot vaststelling van een communautaire code betreffende de overschrijding van de grenzen door personen (Schengengrenscore), *Pb.L.* 13 april 2006, afl. 105, met name Bijlage VII: Bijzondere regels voor bepaalde categorieën personen, punt 6: Minderjarigen.

Ondanks dit voornemen en het gegeven dat de EU-wetgeving bijzondere aandacht biedt voor de kwetsbare positie van NBM's, vormen deze NBM's geen aparte doelgroep binnen het EU-asiel- en migratiebeleid waarvoor een eigen specifiek beschermingsstatuut werd ingesteld. De EU heeft er integendeel voor gekozen om de beschermingsnoden van NBM's hoofzakelijk te beantwoorden binnen het kader van de reeds bestaande EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten waarbij extra aandacht geldt voor hun kwetsbaar profiel als niet-begeleide minderjarige. Het gevolg is dat binnen het EU-asiel- en migratiebeleid de bescherming van NBM's eerder als een extra aandachtsfactor wordt benaderd dan als een doel op zich.

641. Binnen het EU-asielbeleid worden lidstaten dan ook verplicht om een aantal maatregelen te treffen t.a.v. NBM's, die duidelijk beïnvloed zijn door General Comment nr. 6 van het VN-Kinderrechtencomité. In die zin benadrukt de Kwalificatierichtlijn 2011 dat het belang van het kind bij de uitvoering van deze richtlijn een van de hoofdoverwegingen van de lidstaten dient te zijn, overeenkomstig het VN-Kinderrechtenverdrag.<sup>1590</sup> Voorts gelden de volgende maatregelen, met name:

- Zo spoedig mogelijk moet de nodige vertegenwoordiging van NBM's verzekerd worden, in het bijzonder door wettelijke voogdij of door de vertegenwoordiging door een bevoegde organisatie, of door iedere andere vorm van passende vertegenwoordiging (bijvoorbeeld op basis van wetgeving of een rechterlijke uitspraak).<sup>1591</sup>
- Tijdens de asielprocedure dienen bijzondere waarborgen geboden te worden:<sup>1592</sup> de toegewezen vertegenwoordiger moet de NBM bijstaan tijdens de behandeling van zijn asielverzoek, onder meer door de NBM te informeren over de betekenis en de mogelijke gevolgen van het asielonderhoud, alsook, indien nodig, hem bij te staan bij de voorbereiding op het onderhoud. De lidstaten kunnen toelaten dat de vertegenwoordiger bij het onderhoud aanwezig is en een actieve rol opneemt. Evenwel kunnen de lidstaten in bepaalde gevallen afzien van de aanwijzing van een vertegenwoordiger. Zo bepaalt de Procedurerichtlijn 2013 dat een afwijking mogelijk is indien de NBM naar alle waarschijnlijkheid 18 jaar zal worden voor een beslissing in eerste aanleg wordt genomen. De ambtenaren die het asielonderhoud afnemen en/of de asielbeslissing nemen moeten over de nodige kennis beschikken van de bijzondere behoeften van minderjarigen. In het kader van de asielprocedure, kunnen lidstaten besluiten om door middel van een medisch onderzoek de leeftijd van de NBM vast te stellen. Evenwel zijn de lidstaten dan verplicht om de NBM te informeren over de onderzoeksmethode en de gevolgen ervan. Op basis van deze informatie moet de instemming van de NBM worden verkregen. Indien deze niet wordt gegeven, mag een lidstaat het asielverzoek niet afwijzen enkel op basis van die weigering. De bijzondere waarborgen die gelden voor de NBM tijdens de asielprocedure moeten worden uitgevoerd in overeenstemming met het beginsel van het belang van het kind.
- Om aanspraak te kunnen maken op tijdelijke bescherming, de vluchtelingenstatus of de subsidiaire beschermingsstatus dienen NBM's aan de respectievelijke voorwaarden te voldoen die worden verbonden aan deze beschermingsstatuten. Niettemin worden de lidstaten in de Kwalificatierichtlijn 2011 verplicht om rekening te houden met de

---

<sup>1590</sup> Preambule, overweging nr. 18 Richtl. 2011/95/EU.

<sup>1591</sup> Art. 16 lid 1 Richtl. 2001/55/EG; art. 31 Richtl. 2011/95/EU; art. 17 lid 1 (a) Richtl. 2005/85/EG en art. 25 Richtl. 2013/32/EU.

<sup>1592</sup> Art. 17 Richtl. 2005/85/EG en art. 10 lid 3 (d), art. 25 Richtl. 2013/32/EU.



individuele situatie en de persoonlijke omstandigheden van de verzoeker, zoals zijn leeftijd en de beperkingen die kunnen voortvloeien uit een jonge leeftijd (bijvoorbeeld weinig kennis over de omstandigheden in het land van herkomst) en zich primair te laten leiden door het belang van het kind.<sup>1593</sup> Daarenboven voorziet de Kwalificatierichtlijn 2011 dat bepaalde daden van vervolging van kindspecifieke aard in overweging moeten worden genomen door de lidstaten zoals de rekrutering van kindsoldaten of mensenhandel met het oog op seksueel misbruik en dwangarbeid.<sup>1594</sup>

- De lidstaten moeten t.a.v. NBM's ook voorzien in huisvesting, niet enkel tijdens de asielprocedure maar ook nadat de tijdelijke bescherming, vluchtelingenstatus of subsidiaire bescherming werd toegekend.<sup>1595</sup> Dit kan o.m. gebeuren bij meerderjarige verwanten, bij een pleeggezin, in een gespecialiseerd opvangcentrum of in een andere huisvesting geschikt voor minderjarigen. In overeenstemming met zijn leeftijd en rijpheid, dient het kind hierin inspraak te krijgen. Ook hier dienen de lidstaten zich bij de uitvoering van de bijzondere bepalingen die gelden voor de opvang van NBM's tijdens de asielprocedure, primair te laten leiden door de belangen van het kind.
- De lidstaten dienen er voorts voor te zorgen dat minderjarigen die het slachtoffer geweest zijn van enige vorm van mishandeling, verwaarlozing, uitbuiting, foltering of wrede, onmenselijke of vernederende behandeling of die hebben geleden onder gewapende conflicten, toegang hebben tot de rehabilitatiediensten, alsmede toegang tot passende geestelijke gezondheidszorg en gekwalificeerde begeleiding.<sup>1596</sup>
- De lidstaten dienen zo snel mogelijk de gezinsleden van de NBM op te sporen, waarbij de belangen van het kind vooropgesteld dienen te worden.<sup>1597</sup> Deze opsporing gebeurt met de nodige vertrouwelijkheid zodat de veiligheid van de NBM en zijn verwanten niet in gevaar wordt gebracht. Er wordt benadrukt dat personen die de NBM opvangen of begeleiden tijdens de behandeling van hun asielaanvraag, passend onderricht over hun behoeften gevolgd moet hebben of ontvangen, en dat zij onder de geheimhoudingsplicht vallen. Indien internationale bescherming wordt verleend aan een NBM en er is nog niet begonnen met het opsporen van zijn gezinsleden, dan dienen de lidstaten hen zo snel mogelijk na de verlening van de internationale beschermingsstatus op te sporen, waarbij zij het belang van de minderjarige vooropstellen. Werd er reeds aangevangen met het opsporingsproces, dan gaan de lidstaten waar nodig door. In gevallen waarin er gevaar bestaat voor het leven of de lichamelijke integriteit van de minderjarige of zijn naaste familieleden, met name indien zij in het land van herkomst zijn achtergebleven, moet bij het verzamelen, verwerken en verspreiden van de gegevens over deze personen de vertrouwelijkheid worden gewaarborgd.<sup>1598</sup>
- Tenslotte werd in Kwalificatierichtlijn 2011 verduidelijkt dat bij de beoordeling van het belang van het kind, de lidstaten met name terdege rekening dienen te houden met het beginsel van eenheid van gezin, het welzijn en de sociale ontwikkeling van de

---

<sup>1593</sup> Zie art. 20 lid 5 Richtl. 2011/95/EU.

<sup>1594</sup> Art. 4 lid 3 (c) en art. 9 lid 2 (f) Richtl. 2011/95/EU. Zie ook Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende minimumnormen voor de erkenning en de status van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchtelingen of als personen die anderszins internationale bescherming behoeven, 12 september 2001, COM(2001) 510 definitief, 17.

<sup>1595</sup> Art. 19 Richtl. 2003/9/EG; art. 16 Richtl. 2001/55/EG en art. 31 Richtl. 2011/95/EU.

<sup>1596</sup> Art. 31 Richtl. 2011/95/EU. Zie ook art. 13 lid 4 Richtl. 2001/55/EG.

<sup>1597</sup> Art. 31 lid 5 Richtl. 2011/95/EU.

<sup>1598</sup> Art. 31 lid 5 Richtl. 2011/95/EU.

minderjarige, overwegingen van veiligheid en de opvattingen van de minderjarige, in overeenstemming met zijn leeftijd en maturiteit.<sup>1599</sup>

642. Ook binnen het EU-migratiebeleid gelden een aantal specifieke waarborgen voor NBM's:

- De grenspolitie dient bijzondere aandacht te besteden aan minderjarigen, al dan niet begeleid.<sup>1600</sup>
- De Gezinsherenigingsrichtlijn bepaalt voorts dat indien de NBM als vluchteling wordt erkend, de gezinshereniging met de ouders en/of grootouders wordt toegelaten zonder dat aan bijkomende voorwaarden moet worden voldaan.<sup>1601</sup>
- Indien een NBM niet in aanmerking komt voor internationale bescherming, dan kan een NBM in aanmerking komen voor een verblijfsstatuut als slachtoffer van mensenhandel, zoals voorzien in Richtlijn 2004/81/EG die infra wordt besproken. Indien de NBM ook hiervoor niet in aanmerking komt dan kan de duurzame oplossing voor de NBM liggen in de terugkeer naar het land van herkomst. Uit het interimrapport van 2012 blijkt dat de omzetting van de terugkeerrichtlijn tot verbetering heeft geleid in de bescherming van NBM's, aangezien deze richtlijn het EU-wijde rechtskader vormt dat een bijzondere focus richt op deze problematiek.
- Voor een terugkeerbesluit tegen een NBM wordt uitgevaardigd, dient met gepaste aandacht voor het belang van het kind hulp geboden te worden door bevoegde instanties anders dan de autoriteiten die de terugkeer uitvoeren.<sup>1602</sup>
- Een verwijdering mag enkel plaatsvinden indien de lidstaat er zeker van is dat de minderjarige wordt teruggestuurd naar een familielid, een aangewezen voogd of naar adequate opvangfaciliteiten in het land van terugkeer.<sup>1603</sup>
- Tijdens de periode van vrijwillig vertrek worden een aantal waarborgen toegekend in afwachting van terugkeer, meer bepaald de handhaving van de eenheid van het gezin indien de gezinsleden op het grondgebied aanwezig zijn, het verstrekken van dringende medische zorg en het uitvoeren van de essentiële behandeling van ziekte en het toekennen van de toegang tot basisonderwijs voor minderjarigen voor de duur van hun verblijf. Voorts dient rekening gehouden te worden met de speciale behoeften van kwetsbare personen, zoals NBM's. Deze periode van vrijwillig vertrek kan indien nodig worden verlengd door de lidstaten met een passende periode, rekening houdend met de specifieke omstandigheden van het individuele geval, zoals de

---

<sup>1599</sup> Preambule overweging nr. 18 Richtl. 2011/95/EU.

<sup>1600</sup> Zie in deze zin Verord. Parl en Raad nr. 562/2006/EG, 15 maart 2006, tot vaststelling van een communautaire code betreffende de overschrijding van de grenzen door personen (Schengengrenscore), *Pb.L.* 13 april 2006, afl. 105, met name Bijlage VII: Bijzondere regels voor bepaalde categorieën personen, punt 6: Minderjarigen.

<sup>1601</sup> Art. 10 lid 3 Richtl. 2003/86/EG.

<sup>1602</sup> Art. 10 lid 1 Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1603</sup> Art. 10 lid 2 Richtl. 2008/115/EG. In vergelijking met het Commissievoorstel voegde de richtlijn 'adequate opvangfaciliteiten' toe. Zie in betrekking hiermee de plannen van Noorwegen, Denemarken en het Verenigd Koninkrijk om re-integratiecentra te bouwen in Kaboel, opdat Afghaanse niet-begeleide minderjarigen kunnen worden teruggestuurd. Zie ook het EU-Actieplan inzake niet-begeleide minderjarigen (COM(2010) 213) dat door de JBZ-Raad werd aangenomen op 2 juni 2010 en waarin de terugkeer en re-integratie naar het land van oorsprong wordt gepromoot als een van de drie duurzame oplossingen voor niet-begeleide minderjarigen. Daarbij moet prioriteit worden gegeven aan een vrijwillige terugkeer, o.m. door het opzetten van operationele netwerken met IGO's en NGO's om de terugkeer van minderjarigen naar het land van herkomst te faciliteren. Voorts dient de terugkeer in volle eerbiediging van de waarborgen van de Terugkeerrichtlijn en het Kinderrechtenverdrag te gebeuren.

verblijfsduur, het schoolgaan of het bestaan van andere gezinsbanden en sociale banden van de NBM.<sup>1604</sup>

- Bij gedwongen verwijdering mogen NBM's slechts in laatste instantie, en voor een zo kort mogelijke periode in bewaring gesteld worden, waarbij ze zoveel mogelijk in inrichtingen worden ondergebracht met personeel en faciliteiten die zijn afgestemd op de noden van personen van hun leeftijd. Ook tijdens de bewaring dient het belang van het kind voorop te staan.<sup>1605</sup>

643. Naast deze horizontale benadering van de bescherming van NBM's binnen het bestaande EU-asiel- en migratiebeleid, doet de EU inspanningen om de lidstaten ertoe te bewegen om een gemeenschappelijke benadering te handhaven t.a.v. NBM's. In 2010 lanceerde de Europese Commissie een actieplan voor NBM's (2010-2014), dat gebaseerd is op drie pijlers.<sup>1606</sup> In het eerste luik wordt gefocust op preventie, met name het voorkomen van de onveilige migratie van NBM's en kinderhandel en het versterken van beschermingscapaciteiten in derde landen. In een tweede luik wordt aandacht besteed aan het beschermen van geïdentificeerde NBM's door opvangmaatregelen en procedurele waarborgen te voorzien tot een duurzame oplossing is gevonden. Een derde luik betreft het aanreiken van een duurzame oplossing, hetzij door de terugkeer en reïntegratie in het land van herkomst, hetzij door het toekennen van internationale bescherming, hetzij door een hervestiging van de NBM's in lidstaten. Wanneer NBM's echter niet kunnen terugkeren noch beroep kunnen doen op internationale bescherming of het statuut van het slachtoffer van mensenhandel, dan bestaat de duurzame oplossing in de toekenning van een verblijfsstatus die louter overeenkomstig het nationaal recht van de lidstaten zal plaatsvinden. Een interimrapport bracht aan het licht dat de implementatie van dit actieplan gedurende twee jaar al enkele positieve effecten had op de bescherming van NBM's.<sup>1607</sup>

644. Niettemin is het EU-beleid voornamelijk gericht op het voorkomen van migratie door NBM's, het bieden van internationale bescherming indien nodig en het vergemakkelijken van de terugkeer van NBM's die geen bescherming behoeven, eerder dan op het faciliteren van een eventuele lokale verankering of integratie van de NBM in de lidstaat zelf. De Terugkeerrichtlijn voorziet niettemin in de expliciete mogelijkheid voor lidstaten om te allen tijde in schrijnende gevallen, om humanitaire of om andere redenen, te beslissen om aan een derdelander die illegaal op hun grondgebied verblijft, bijvoorbeeld een NBM, een zelfstandige verblijfsvergunning of een andere vorm van toestemming tot verblijf te geven, conform het nationaal recht.<sup>1608</sup> Het komt aan de lidstaten toe om soeverein te oordelen om al dan niet een verblijfsvergunning af te geven, hoewel hier moet worden gewezen op de rechtspraak van het EHRM, met name m.b.t. artikelen 3 en 8 EVRM en eventuele positieve verplichtingen die daaruit volgen zowel tijdens als na de minderjarigheid van de betrokken vreemdeling.<sup>1609</sup>

---

<sup>1604</sup> Art. 7 lid 2 Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1605</sup> Art. 17 Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1606</sup> Europese Commissie, Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, Actieplan Niet-begeleide minderjarigen (2010-2014), Brussel, 6 mei 2010, COM(2010) 213 definitief, 16 p.; en de studie van het EUROPEAN MIGRATION NETWORK, *Unaccompanied Minors: An EU comparative study*, European Commission, Brussels, 2010, 108 p.; alsook de Raadsconclusies JBZ-Raad over niet-begeleide minderjarigen, aangenomen op 3-4 juni 2010 te Luxemburg, doc. Nr. 9824/10 ASIM 62.

<sup>1607</sup> Europese Commissie, Verslag van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement, Tussentijds verslag over de uitvoering van het Actieplan niet-begeleide minderjarigen, Brussel, 28 september 2012, COM(2012) 554 definitief, 13 p.

<sup>1608</sup> Art. 6 Richtl. 2011/118/EG. In het Commissievoorstel was deze paragraaf verbonden aan een voorafgaande paragraaf die de lidstaten verbood om een terugkeerbesluit uit te te vaardigen wanneer het recht op non-refoulement, het recht op onderwijs of het recht op de eenheid van het gezin in het gedrang kwam. Zo reikte het COM-voorstel een meer duurzame oplossing aan voor derdelanders die niet verwijderd kunnen worden, nl. de regularisatie van hun verblijf.

<sup>1609</sup> Zie EHRM 31 januari 2006, nr. 50435/99, *Rodrigues da Silva en Hoogkamer v. Nederland*; EHRM, 15 januari 2007, nr. 60654/00, *Sisojeva v. Letland*. Beide zaken worden besproken in D. THYM, "Respect for Private and Family

Waar General Comment nr. 6 van het VN-Kinderrechtencomité uitdrukkelijk pleit voor een lokale integratie gebaseerd op een stabiele juridische status, inclusief een verblijfsstatus, met toepassing van alle kinderrechten in het Verdrag, blijkt dat op EU-niveau er (voorlopig) geen eensgezindheid bestaat over een EU-geharmoniseerde beschermingsstatus voor NBM's die niet verwijderbaar zijn.

645. Tenslotte moet worden opgemerkt dat op 12 september 2013, het Europees Parlement een resolutie heeft aangenomen m.b.t. de situatie van NBM's in de EU. Daarin wordt de gefragmenteerde benadering t.a.v. de bescherming van NBM's in de lidstaten en de daaruitvolgende lacunes in de bescherming van de NBM's, streng aan de kaak gesteld. Het Europees Parlement roept de Europese Commissie en de Raad op om werk te maken van een daadwerkelijk coherent beleid t.a.v. NBM's, waarin o.m. aandacht is voor het verbeteren van de methodes om duurzame oplossingen aan te bieden, gebaseerd op een individuele beoordeling en met eerbiediging van de belangen van het betrokken kind.<sup>1610</sup>

Interessant is dat vanuit de Raad van Europa de aandacht stilaan ook verschuift naar wat met deze niet-begeleide minderjarige vreemdelingen gebeurt eens ze achttien jaar oud worden. Vaak verliezen deze jonge vreemdelingen dan van de ene dag op de andere de toegekende bescherming en (verblijfs)rechten. In een rapport van de Raad van Europa wordt ervoor gepleit om deze jong volwassen vreemdelingen gedurende een overgangsperiode van 18 tot 25 jaar te begeleiden naar autonomie en onafhankelijkheid door hen een aantal basisrechten te waarborgen, in het bijzonder een recht op sociale bijstand en huisvesting, onderwijs en gezondheidszorg. De bedoeling is dat zij tijdens deze periode een levensproject kunnen opzetten.<sup>1611</sup>

In gelijkaardige zin omschrijft UNHCR een duurzame oplossing als “*a sustainable solution that ensures that the unaccompanied or separated child is able to develop into adulthood, in an environment which will meet his or her needs and fulfil his or her rights as defined by the CRC and will not put the child at risk of persecution or serious harm.*”<sup>1612</sup> Het ultieme doel van een duurzame oplossing moet erin bestaan om dat het betrokken kind (opnieuw) van de bescherming van een Staat kan genieten. Het is hierbij niet de bedoeling dat de duurzame oplossing die erin bestaat dat een verblijf wordt toegekend in de lidstaat slechts van voorlopige of tijdelijke aard is, maar dat de oplossing daadwerkelijk duurzaam is in die zin dat het een oplossing is die blijft bestaan nadat het kind meerderjarig is geworden.

---

Life under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay?”, *ICLQ* 2008, 87-112. Anderzijds heeft Hof gesteld dat er geen verplichting is onder artikel 3 EVRM om de aanwezigheid van een vreemdeling te regulariseren door afgifte van een verblijfsvergunning: EHRM 15 september 2005, nr. 10154/04, *Bonger v. Nederland*. Zie ook EHRM 4 december 2012, nr. 47017/09, *Butt v. Noorwegen*, par. 76-91.

Met betrekking tot het recht op onderwijs, zie het onafhankelijke recht op vestiging voor kinderen van EU werknemers die hun recht op vrij verkeer hebben uitgeoefend: art. 12 lid 3 Richtl. 2004/38/EG, 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van de Richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG, *Pb.L.* 30 april 2004, afl. 158, 42 en art. 10 Verord. nr. 492/2011/EU, 5 april 2011 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Unie, *Pb.L.* 27 mei 2011, afl. 141, 3. Zie ook relevante rechtspraak met betrekking tot het verblijfsrecht van de daadwerkelijke verzorgers van deze kinderen: HvJ 17 september 2002, C-413/99, *Baumbast*; HvJ 23 februari 2010, C-480/08, *Teixeira* en HvJ 23 februari 2010, C-310/08, *Ibrahim*. Zou het kunnen dat de Commissie een gelijkaardige redenering voor kinderen van derdelanders voor ogen had?

<sup>1610</sup> Europees Parlement, Resolutie nr. 2012/2263 m.b.t. de situatie van niet-begeleide minderjarigen in de Europese Unie, aangenomen in Straatsburg op 12 september 2013, P7\_TA(2013)0387.

<sup>1611</sup> Zie UNHCR AND COUNCIL OF EUROPE, *Unaccompanied and separated asylum-seeking and refugee seeking children turning eighteen: what to celebrate?*, <http://www.refworld.org/docid/53281A864.html>, March 2014, 77p. COUNCIL OF EUROPE, Parliamentary Assembly, Committee on Migration, Refugees and Displaced Persons, Provisional Report by Ms. Mailis Reps, *Migrant children: what rights at 18?*, <http://website-pace.net/documents/19863/168397/20140313-MigrantRights18-EN.pdf/ea190a6e-1794-4d30-b153-8c18dc95669f?>, March 2014, 9p.

<sup>1612</sup> UNHCR, *Safe and Sound: what States can do to ensure respect for the best interests of unaccompanied and separated children in Europe*, <http://www.refworld.org/docid/5423da264.html>, oktober 2014, 22.

### **§ 3. De slachtoffers van zwartwerk, in het bijzonder arbeidsgerelateerde uitbuiting of illegale tewerkstelling van een minderjarige**

647. Richtlijn 2009/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2009 tot vaststelling van minimumnormen inzake sancties en maatregelen tegen werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen, legt een algemeen verbod neer op de tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen.<sup>1613</sup>

Volgens de preambule is een cruciale aantrekkende factor bij illegale immigratie in de Europese Unie de mogelijkheid om in de Europese Unie werk te vinden zonder de vereiste juridische status. Een optreden tegen illegale immigratie en illegaal verblijf moet daarom maatregelen tegen die aantrekkende factor omvatten. De kern van die maatregelen moet bestaan uit een algemeen verbod op de tewerkstelling van onderdanen van derde landen die geen recht op verblijf in de Europese Unie hebben, aangevuld met sancties tegen werkgevers die dat verbod overtreden. Een inbreuk van dit verbod wordt als een strafbaar feit aangemerkt wanneer de illegale tewerkstelling opzettelijk wordt gepleegd en wanneer o.a. de inbreuk gepaard gaat met arbeidsgerelateerde uitbuiting of als de inbreuk de illegale tewerkstelling betreft van een minderjarige.

Voor de slachtoffers van arbeidsgerelateerde uitbuiting of van illegale tewerkstelling als minderjarige bepaalt de richtlijn dat de lidstaten op grond van het nationale recht de voorwaarden bepalen waarop zij op basis van een beoordeling van het individuele geval aan de betrokken derdelanders een verblijfsvergunning van beperkte duur kunnen afgeven. De afgifte van deze verblijfsvergunning dient gekoppeld te zijn aan de lengte van de desbetreffende nationale procedure en gebaseerd te zijn op regelingen die vergelijkbaar zijn met die welke gelden voor de onderdanen van een derde land die vallen onder het toepassingsgebied van Richtlijn 2004/81/EG.<sup>1614</sup> In het geval verblijfsvergunningen van beperkte duur zijn verleend, bepalen de lidstaten overeenkomstig de nationale wetgeving de voorwaarden waaronder de duur van deze vergunningen kan worden verlengd tot de vreemdeling de nabetaling van zijn loon heeft ontvangen dat is ingevorderd.<sup>1615</sup>

---

<sup>1613</sup> Art. 3 Richtl.Parl. en Raad 2009/52/EG, 18 juni 2009 tot vaststelling van minimumnormen inzake sancties en maatregelen tegen werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen, *Pb.L.* 30 juni 2009, afl. 168, 24 e.v.

<sup>1614</sup> Art. 13, lid 4, Richtl. 2009/52/EG.

<sup>1615</sup> Art. 6, lid 5, Richtl. 2009/52/EG.



## Afdeling 4. Tussenbesluit

### **§ 1. De toenemende beschermingsreflex in het Unierecht**

648. De bovenstaande analyse illustreert hoe de Europese Unie, onder meer onder invloed van de internationale minimumstandaarden inzake de bijkomende bescherming alsook onder invloed van de nationale wetgevingen, nationale rechtspraak en praktijken in de lidstaten, EU-geharmoniseerde standaarden heeft gecreëerd met oog op het verlenen van bijkomende bescherming voor vreemdelingen die zich in de Europese Unie bevinden. De toenemende beschermingsreflex in het internationaal recht wordt zo weerspiegeld op Unierechtelijk niveau en dit door de incorporatie van een aantal internationale minimumstandaarden voor bijkomende bescherming.

649. Op het niveau van externe bescherming (of ‘internationale bescherming’ zoals aangeduid in het Unierecht), heeft dit tot gevolg dat naast een EU-geharmoniseerde vluchtelingenstatus, werk werd gemaakt van EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten die tegemoet komen aan die noden aan bescherming tegen een falende bescherming in het land van herkomst of terugkeer die door de vluchtelingenstatus niet worden beantwoord. De oprichting van het gemeenschappelijk Europees asielstelsel heeft geleid tot de creatie van een beperkt aantal EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten.

650. De tijdelijke beschermingsstatus verschaft zo bescherming tegen die personen die op de vlucht zijn voor gewapende conflicten of inheems geweld, alsook voor die personen die het slachtoffer zijn van systematische of algemene schendingen van de mensenrechten. Zij dienen daarbij niet aan te tonen dat zij op individuele wijze worden geraakt, het betreft hier immers een categoriale bescherming. De bescherming treedt evenwel enkel in werking wanneer er sprake is van een massale instroom en wanneer de Raad bij een besluit met een gekwalificeerde meerderheid deze massale toestroom vaststelt. Deze bescherming is voorts enkel toegankelijk zolang het Raadsbesluit van kracht blijft.

De subsidiaire beschermingsstatus is niet afhankelijk van een dergelijk Raadsbesluit en bijgevolg kan hierop steeds beroep worden gedaan. De vreemdeling dient daarentegen wel aan te tonen dat hij zal worden blootgesteld aan ernstig schade, met name de doodstraf of executie, foltering of onmenselijke behandeling of bestraffing in het land van herkomst, of een ernstige en individuele bedreiging van het leven of de persoon van een burger als gevolg van willekeurig geweld in het kader van een internationaal of binnenlands gewapend conflict. Hij dient evenwel geen verband aan te tonen met de vervolgingsgronden, wat voor de erkenning van de vluchtelingenstatus wel vereist is.

651. Deze bijkomende externe beschermingsstatuten vullen de ‘*protection gap*’ in die door de internationale minimumstandaarden niet kan worden ingevuld. Naast een verplichting tot niet-verwijdering, kennen ze immers een status toe aan de vreemdeling, een verblijfsrecht en een waaier aan socio-economische rechten. Er is niettemin sprake van een zekere hiërarchie in deze beschermingsstatuten, zeker in vergelijking met de EU-geharmoniseerde vluchtelingenstatus. Het verblijfsrecht en de socio-economische rechten die verbonden zijn met de tijdelijke beschermingsstatus zijn beperkt opgevat. De Kwalificatierichtlijn 2011 voorziet in een bredere maar nog niet geheel volledige gelijktrekking van de subsidiaire beschermingsstatus met de vluchtelingenstatus. Het verblijfsrecht en de toegang tot de sociale bijstand vallen voor vreemdelingen aan wie de subsidiaire beschermingsstatus wordt verleend minder gunstig uit dan voor vreemdelingen aan wie de vluchtelingenstatus werd erkend.

Voorts wordt op EU-niveau niet voorzien in een specifieke procedure die toegang geeft tot een tijdelijke bescherming en een subsidiaire bescherming. Dit wordt heden aan de lidstaten overgelaten. Evenwel wordt door de herschikte Procedurerichtlijn 2013 het toepassingsgebied uitgebreid tot ‘alle verzoeken om internationale bescherming’, waardoor er ten laatste vanaf 20 juli 2015 ook een EU-geharmoniseerde procedure zal zijn die toegang geeft tot de subsidiaire bescherming.

652. Niet alle noden aan bescherming tegen de omstandigheden in het land van herkomst of in een derde land worden beantwoord door de EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten inzake tijdelijke bescherming, de vluchtelingenstatus of de subsidiaire beschermingsstatus, bijvoorbeeld omdat de noden niet onder de werkingssfeer van die statuten vallen (bijvoorbeeld ernstig zieke vreemdelingen) of omdat bepaalde vreemdelingen van die statuten worden uitgesloten.

Voor zulke noden, waaraan de EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten niet tegemoet kunnen komen, blijft het non-refoulementbeginsel binnen het Unierecht als terugvalbescherming gelden. De inhoud van de bescherming die wordt verleend onder het non-refoulementbeginsel is echter veel minder ruim dan diegene die zou gelden onder een volwaardig EU-beschermingsstatuut. Het betreft vooral een verplichting tot niet-verwijdering, al dan niet tijdelijk. Tijdens de periode van schorsing of uitstel van de verwijdering, dienen ook een aantal waarborgen te worden toegekend, zoals de toegang tot onderwijs voor kinderen of de toegang tot dringende medische zorgen. Voorts komt het aan de lidstaten toe om te voorzien in de elementaire levensbehoeften van onverwijderbare personen volgens de nationale wetgeving. In deze laat de invloed van de internationale minimumstandaarden voor bijkomende bescherming zich wederom opmerken. De non-refoulementverplichting leidt echter in deze gevallen niet tot een beschermingsstatus of een verblijfsrecht onder het Unierecht, maar aan de lidstaten wordt wel de mogelijkheid verleend om op nationaal niveau aan de eventuele noodzaak daaraan tegemoet te komen. De verdere invulling van de minimumbescherming op EU-niveau, met name de niet-verwijdering, wordt aan de soevereine bevoegdheid van de lidstaten overgelaten.

653. Inzake de interne bescherming, kan worden opgemerkt dat we te maken hebben met een heel diffuse bescherming. Er bestaat geen algemeen beschermingsinstrument op EU-niveau voor interne beschermingsnoden. Deze interne beschermingsnoden worden door het Unierecht maar gedeeltelijk en beperkt beantwoord.

Wanneer een illegaal verblijvende vreemdeling een band heeft opgebouwd met een lidstaat of een inwoner van die lidstaat, dienen lidstaten bij verwijdering rekening te houden met de belangen van het kind, de opgebouwde sociale banden (m.n. integratie en privéleven) en het bestaan van een gezins- of familieleven in die lidstaat. In die omstandigheden dient de termijn voor vrijwillig vertrek verlengd te worden en kan de verwijdering optioneel worden uitgesteld. Enkel wanneer is voldaan aan de vereisten gesteld door het Unierecht, zal het gezinsleven van een illegaal verblijvende vreemdeling met een legaal verblijvende inwoner van de EU recht geven op gezinshereniging en een verblijfsrecht. In welbepaalde gevallen kan of moet aan vreemdelingen die hun verblijfsrecht verliezen, omwille van hun gezinsleven of privéleven of omwille van buitengewone omstandigheden een voortgezet verblijf worden toegekend.

Ook wanneer de fysieke of mentale gesteldheid van een vreemdeling zijn verwijdering niet toelaat, of omwille van technische redenen die de verwijdering van de vreemdeling op een humane wijze onmogelijk maken, beschikken de lidstaten over de mogelijkheid tot uitstel van verwijdering. Gedurende deze periode van uitstel beschikt de vreemdeling over een aantal waarborgen en wordt aan lidstaten de mogelijkheid gegeven om in schrijnende gevallen over te gaan tot de toekenning van een verblijfsrecht.



654. Wat betreft de gemengde bescherming, werd een gemeenschappelijk beschermingsmechanisme voor de slachtoffers van mensenhandel opgezet, dat gepaard gaat met een verblijfsrecht en de toegang tot socio-economische rechten. Dit gemeenschappelijke beschermingsmechanisme kan optioneel worden toegepast op slachtoffers van mensensmokkel. Deze beschermingsstatus wordt evenwel afhankelijk gesteld van de samenwerking van de betrokken vreemdeling met de bevoegde politionele en gerechtelijke autoriteiten. Een gelijkaardig beschermingsmechanisme werd ontwikkeld voor de slachtoffers van zwartwerk, met name wanneer er sprake is van een arbeidsgerelateerde uitbuiting of van de illegale tewerkstelling van een minderjarige. De verdere uitwerking van dit beschermingsmechanisme dient te gebeuren volgens de nationale regelgeving.

Voor niet-begeleide minderjarige vreemdelingen blijkt dat de EU ervoor gekozen heeft om de beschermingsnoden van NBM's hoofdzakelijk te beantwoorden binnen het kader van de reeds bestaande EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten waarbij bijzondere aandacht geldt voor hun kwetsbaar profiel als niet-begeleide minderjarige. Voor die NBM's die niet in aanmerking komen voor een EU-geharmoniseerd beschermingsstatuut blijft evenwel de mogelijkheid bestaan om een verblijf te bekomen op basis van het nationaal recht gehanteerd door lidstaten.

## **§ 2. EU-harmonisatie en het subsidiariteitsbeginsel**

655. Het Verdrag van Lissabon heeft tot doel een gemeenschappelijke ruimte van vrijheid, veiligheid en recht tot stand te brengen. Deze doelstelling werd ingeschreven in artikel 67, lid 1, VWEU. In deze gemeenschappelijke Europese ruimte dienen EU-onderdanen en derdelanders zich vrij te kunnen verplaatsen en een doeltreffende rechtsbescherming te kunnen genieten. De aangelegenheden in verband met de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht zijn onderverdeeld in vier domeinen: justitiële samenwerking in burgerlijke zaken, justitiële samenwerking in strafzaken, politieke samenwerking en samenwerking inzake grenscontrole, asiel en immigratie. Al deze domeinen worden gekenmerkt door problemen, onder meer op het gebied van immigratie, die in ruime mate grensoverschrijdend van aard zijn en dan ook een efficiënte samenwerking op Europees niveau vergen, onder meer door de aanneming van gemeenschappelijke EU-regelgeving.

656. Artikel 4 VWEU bepaalt dat wat betreft de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, de Unie en de lidstaten over een gedeelde bevoegdheid beschikken.<sup>1616</sup> Zowel de Unie als de lidstaten kunnen wetgevend optreden en juridisch bindende handelingen vaststellen. De lidstaten kunnen hun bevoegdheid echter slechts uitoefenen in zoverre (of zolang) de EU haar bevoegdheid niet of nooit heeft uitgeoefend of besloten heeft om dat niet te doen. Niettemin, vooraleer men op EU-niveau maatregelen kan nemen, moet artikel 5 van het Verdrag betreffende de Europese Unie ("VEU") in acht worden genomen, dat bepaalt: "*Krachtens het subsidiariteitsbeginsel treedt de Unie op de gebieden die niet onder haar exclusieve bevoegdheid vallen, slechts op indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten op centraal, regionaal of lokaal niveau kunnen worden verwezenlijkt, maar vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Unie kunnen worden bereikt.*"<sup>1617</sup>

---

<sup>1616</sup> Geconsolideerde versie van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, *Pb.C.* 30 maart 2010, afl. 83, 51-52.

<sup>1617</sup> Geconsolideerde versie van het Verdrag betreffende de Europese Unie, *Pb.C.* 30 maart 2010, afl. 83, 18. Zie ook Protocol no. 2 Betreffende de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid, *Pb.C.* 30 maart 2010, afl. 83, 206.

Het beginsel van subsidiariteit beoogt het bepalen van het meest geschikte interventieniveau op het vlak van de gedeelde bevoegdheden tussen de EU en de lidstaten. Concreet betekent dit dat de Unie slechts maatregelen neemt wanneer deze een meerwaarde inhouden, met name doeltreffender zijn dan maatregelen die op nationaal, regionaal of lokaal vlak worden genomen. Omgekeerd betekent het dat vanuit het beginsel van burgers nabijheid er op lokaal niveau, d.i. het niveau het dichtst bij de burger, kan worden opgetreden indien nodig. Het subsidiariteitsbeginsel is nauw verbonden met het beginsel van evenredigheid dat inhoudt dat de EU bij het uitoefenen van gedeelde bevoegdheden niet verder mag gaan dan wat nodig is om de doelstellingen van het Verdrag te verwezenlijken.

657. Vanuit de doelstelling van een daadwerkelijke Europese ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, lijkt het dan ook noodzakelijk om een harmonisatie van het Europees asiel- en immigratiebeleid na te streven. Het VWEU machtigt de Unie dan ook sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon om maatregelen te nemen met als doel het opzetten van een gemeenschappelijk Europees asielbeleid (art. 78 VWEU), enerzijds, en het opzetten van een gemeenschappelijk Europees immigratiebeleid (art. 79 VWEU), anderzijds. De aanneming van het Verdrag van Lissabon is, aldus PEERS, een opportuniteit voor de Unie om het Europees asiel- en immigratiebeleid zo volledig mogelijk als de Unie wenst, te harmoniseren.<sup>1618</sup> Een harmonisatie van de regelgeving m.b.t. (bijkomende) beschermingsnoden, de inhoud van de verleende bescherming en de toegang tot bescherming kan als een effectief middel worden beschouwd om secundaire migratiestromen in de Unie tegen te gaan. Een versterkte harmonisatie van de regelgeving op EU-niveau, kan de stimulans voor de secundaire migratiestromen doen afnemen in zoverre deze secundaire migratiestromen verband houden met de verschillen tussen de nationale wetgevingen én praktijken m.b.t. de bijkomende bescherming van derdelanders in de verschillende lidstaten. Onduidelijkheden in de bestaande EU-regelgeving die secundaire migratiestromen in de hand werken, kunnen bovendien enkel op EU-niveau worden opgelost.

658. Vanuit het oogpunt van internationale verplichtingen, zoals het VN Vluchtelingenverdrag en het EVRM alsook in het kader van de fundamentele rechten in het Handvest, dient de beoogde harmonisatie volledig en hoogwaardig te zijn, in de zin dat voor alle situaties waar sprake is van (bijkomende) beschermingsnoden een hoog beschermingsniveau geldt. Het is enkel zo dat de Unieregelgeving inzake asiel en immigratie een complete humanitaire functie kan vervullen. Indien bepaalde beschermingsnoden niet wordt beantwoord door EU regelgeving, dan blijft men geconfronteerd met uiteenlopende wetgeving en praktijken in lidstaten die secundaire migratiestromen zullen blijven voeden. Indien enkel minimale beschermingsstandaarden worden vastgesteld, bestaat er een risico op ongelijke bescherming in de EU wanneer bepaalde lidstaten zich geroepen voelen om een ruimere bescherming toe te kennen, omwille van mensenrechtelijke verplichtingen waartoe ze gehouden zijn, enerzijds, of omwille van wat zij als klemmende humanitaire redenen beschouwen, anderzijds.

659. De Europese Commissie argumenteerde in 2008 dat in het licht van de doelstelling van een gemeenschappelijk Europees Asielstelsel als primair recht, zoals neergelegd in artikel 78 VWEU, het gerechtvaardigd is om de volledige en totale harmonisatie na te streven van alle beschermingsnoden: *“First, the TFEU gives a rank of primary law to the key components of the Common European Asylum System (CEAS), which are currently addressed in political documents (the Tampere Conclusions and the Hague Programme) and secondary law (references in recitals of the asylum Directives) only. Thus, once the TFEU has come into force, uniform statuses for asylum and subsidiary protection and common asylum*

---

<sup>1618</sup> S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 308.

*procedures will become objectives of primary community law. This would bring a legal obligation to the Union institutions and the Member States to consider proposals for achieving those objectives through secondary legislation. Importantly, the TFEU provides that legislative instruments in the field of asylum should be adopted for the purpose of a common European asylum system. Thus, the very term CEAS will also rank as primary community law. This would allow promoting a systematic approach to the asylum acquis considering it as integrated law where all the components should be interrelated leaving no space for gaps and inconsistencies.”*<sup>1619</sup>

De Europese Commissie gaf dus aan dat de doelstelling van het gemeenschappelijk Europees asielstelsel (als doelstelling van primair recht), de aanneming van secundaire wetgeving m.b.t. bijkomende bescherming rechtvaardigt. Zo stelde de Europese Commissie dat een volledige (*full scale*) EU-harmonisatie in het kader van de verdere ontwikkeling van het GEAS “*would entail the recognition of an adequate level of protection to persons in need of protection, more in particular through the harmonization between member States of protection statuses granted to other categories, like non removable persons.*”<sup>1620</sup> Enkel dan is, volgens de Europese Commissie, het gemeenschappelijk Europees asielstelsel effectief allesomvattend (*truly comprehensive*).<sup>1621</sup> De Europese Commissie heeft immers ook de hoeveelheid en verscheidenheid van de nationale bijkomende beschermingsstatuten in de lidstaten vastgesteld.<sup>1622</sup> De Europese Commissie stelt de bijkomende beschermingsnoden niet in vraag maar lijkt de nationale bijkomende beschermingsstatuten als ‘concurrentie’ te zien van de EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten. Het vreest voor een verzwakking van het algemeen niveau van bescherming en een ondermijning van EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten indien nationale bijkomende beschermingsstatuten gemakkelijker worden verkregen maar een lager niveau van bescherming toekennen en eerder precair van aard zijn. Daarnaast vreest de Europese Commissie dat de hoeveelheid en verscheidenheid van de beschermingsstatuten in de lidstaten leiden tot een ongelijke bescherming en secundaire migratiestromen in de Europese Unie. Dit gaat, volgens de Europese Commissie, in tegen het uiteindelijke doel van de zgn. “Ruimte van vrijheid, veiligheid en recht”.<sup>1623</sup>

660. Men kan stellen dat de Europese Commissie via begrippen en doelstellingen uit primair recht, zoals het ‘gemeenschappelijk Europees Asielstelsel’ en de ‘ruimte van vrijheid, veiligheid en recht’ tracht te vermijden dat er beroep moet worden gedaan op de flexibiliteitsclausule in het VWEU. Artikel 352, lid 1, VWEU stelt immers dat: “*Indien een optreden van de Unie in het kader van de beleidsgebieden van de Verdragen nodig blijkt om een van de doelstellingen van de Verdragen te verwezenlijken zonder dat deze Verdragen in de daartoe vereiste bevoegdheden voorzien, stelt de Raad, op voorstel van de Commissie en na goedkeuring door het Europees Parlement, met eenparigheid van stemmen passende bepalingen vast. Wanneer de bepalingen door de Raad volgens een bijzondere wetgevingsprocedure worden vastgesteld, besluit hij eveneens met eenparigheid van stemmen, op voorstel van de Commissie en na goedkeuring van het Europees Parlement.*” Aangezien voor bepaalde bijkomende beschermingsnoden er geen uitdrukkelijke juridische basis bestaat in het VWEU, kan de EU de haar toegedeelde bevoegdheden enkel te buiten gaan

<sup>1619</sup> Commission Staff working document accompanying the Communication regarding a policy plan on asylum: an integrated approach to protection across the EU, Impact assessment, SEC(2008) 2029/2, 18. Noteer dat ‘community law’ vandaag moet worden verstaan als ‘Union law’.

<sup>1620</sup> Commission Staff working document accompanying the Communication regarding a policy plan on asylum: an integrated approach to protection across the EU, Impact assessment, SEC(2008) 2029/2, 29.

<sup>1621</sup> Commission Staff working document accompanying the Communication regarding a policy plan on asylum: an integrated approach to protection across the EU, Impact assessment, SEC(2008) 2029/2, 35.

<sup>1622</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's inzake een “Asielbeleidsplan: een geïntegreerde aanpak van bescherming in de hele EU” van 17 juni 2008, COM(2008) 360 definitief, 3.

<sup>1623</sup> Commission Staff working document accompanying the Communication regarding a policy plan on asylum: an integrated approach to protection across the EU, Impact assessment, SEC(2008) 2029/2, 12.

indien de doelstellingen van de Verdragen dit vereisen, hoewel dit gepaard gaat met een strenge procedure en de toepassing ervan is onderworpen aan bepaalde beperkingen, met name unanimititeit in de Raad. De Europese Commissie argumenteert daartegenover dat de bovenvermelde begrippen op zich 'primaire recht' vormen en dus een voldoende verantwoording zijn om werk te maken van de verdergaande harmonisatie. Deze ambitie van de Europese Commissie moet echter vanuit de realiteit en de praktijk getemperd worden, zoals hieronder wordt besproken.

### **§ 3. De EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten: het vooropgestelde harmonisatie- en beschermingsniveau wordt (nog) niet bereikt**

661. De EU heeft geopteerd om de EU-harmonisatie inzake het asiel- en migratiebeleid geleidelijk te laten verlopen. In een eerste fase werd er dan ook voor gekozen om enkel minimumnormen vast te leggen (het betreft richtlijnen aangenomen onder het VEG). De Europese Commissie heeft zelf vastgesteld dat deze richtlijnen de doelstelling van de EU-harmonisatie niet waarmaakten. Er was geen sprake van een gelijke behandeling in de EU en er werd eveneens niet voldoende bescherming verleend. Dit was te wijten aan de minimale aard van de vastgestelde normen die bovendien ook een aantal lacunes bevatten. De toepassing van deze richtlijnen en de nationale praktijken liepen daardoor enorm uiteen in de lidstaten. In een tweede fase van de beoogde harmonisatie, dit is de verdere uitbouw van een Europees gemeenschappelijk asiel- en immigratiebeleid, wilde men het reeds aangenomen minimumniveau verhogen en uiteenlopende toepassingen en interpretaties van aangenomen richtlijnen uit de eerste fase verhelpen door een diepgaandere harmonisatie door te voeren van de geldende normen.

662. Wat betreft de EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten die verband houden met externe bescherming, hoewel de doelstelling van de tweede fase van het GEAS erin bestond om een hogere graad van harmonisatie te bewerkstelligen op basis van hogere beschermingsnormen, zodat gelijke gevallen gelijk worden behandeld en tot gelijke resultaten leiden in de lidstaten, moet evenwel worden vastgesteld dat deze doelstelling van gelijkheid niet geheel werd bereikt. Ook al evolueerde de EU van minimumnormen naar gemeenschappelijke normen, er blijkt duidelijk dat als gevolg van politieke compromissen in de Raad en tussen de Raad en het Europees Parlement, de bereikte graad van harmonisatie en het niveau van bescherming nog steeds minimaal is, zowel qua werkingssfeer als de inhoud van de beschermingsstatuten.

Voor wat betreft het asieldomain, valt op dat de recent aangenomen gemeenschappelijke normen geen einde hebben gesteld aan de uiteenlopende interpretaties en toepassingen van begrippen die in de oorspronkelijke asielrichtlijnen niet verder werden geduid. De herschikking van de Kwalificatierichtlijn beperkt zich voornamelijk tot een meer nauwkeurige verduidelijking van sommige precieze bepalingen, bijvoorbeeld m.b.t. 'actoren van bescherming' en een 'binnenlands vluchtalternatief', maar dat heeft geen invloed op een aantal andere bepalingen hoewel de verschillende interpretaties en toepassingen ervan in de lidstaten welbekend zijn. Zo wordt het begrip 'sociale groep' nog steeds omschreven op een wijze die twee strekkingen combineert, terwijl in bepaalde lidstaten deze twee strekkingen los van elkaar worden toegepast. Voorts werd artikel 15 van de Kwalificatierichtlijn, dat de criteria voor subsidiaire bescherming neerlegt, ongemoeid gelaten, ondanks het feit dat bepaalde elementen uit artikel 15 interpretatievragen oproepen en in de lidstaten ook op verschillende (soms ruimere, soms beperkte) wijze worden opgevat en toegepast. De beoogde gelijkstelling van de inhoud tussen de vluchtelingenstatus en de subsidiaire beschermingsstatus werd bovendien niet doorgetrokken met betrekking tot de afgifte van verblijfstitels of met betrekking tot de toegang inzake sociale bijstand. Het blijvende gebrek aan duidelijkheid, onder meer voor wat betreft de definitie en inhoud van subsidiaire

bescherming, zal blijven zorgen voor uiteenlopende toepassingen in lidstaten. Er wordt dan ook terecht opgemerkt dat de verdere harmonisatie van de kwalificatiecriteria in de Kwalificatierichtlijn 2011 in die zin tekort geschoten is.<sup>1624</sup> Enkel het Hof van Justitie zal nu middels de rechtspraak bepalingen en begrippen een meer preciese invulling kunnen geven, zoals het bijvoorbeeld deed voor het begrip “binnenlands gewapend conflict”.<sup>1625</sup>

Wat betreft de gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale bescherming, blijkt duidelijk dat de herschikte Procedurerichtlijn 2013 voorziet in een grote mate van flexibiliteit voor de lidstaten. De lidstaten kunnen bijgevolg onder meer opteren om bijzondere procedures te handhaven. Deze bijzondere procedures worden gekenmerkt door een gebrek aan voldoende approximatie tussen de lidstaten in de toepassing van bijvoorbeeld versnelde procedures of grensprocedures. De lidstaten kunnen er verder voor kiezen om gebruik te maken van de concepten inzake ‘veilige landen’ en ze kunnen beslissen om in het kader van het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel te voorzien in uitzonderingen wat betreft het automatisch schorsend karakter van het beroep.

663. Er is bijgevolg ook na afronding van de tweede fase van het GEAS geen waterdichte garantie dat gelijke gevallen in de lidstaten op gelijke wijze worden behandeld met een gelijk resultaat als gevolg. PEERS wijst erop dat de herschikking van de asielrichtlijnen geen coherente oefening is gebleken en dat er nog steeds ongerechtvaardigde verschillen bestaan tussen de bescherming verleend aan vluchtelingen, enerzijds, en de subsidiaire bescherming, anderzijds. Hij verwacht dat de implementatie van de herschikte asielrichtlijnen ook nu nog tot uiteenlopende interpretaties en praktijken kan leiden, gezien de uitzonderingen, afwijkingen en optionele bepalingen waarin de herschikte richtlijnen nog steeds voorzien.<sup>1626</sup>

Dit toont aan dat de Unie zich beter kon vinden in een *status quo* als compromis tussen lidstaten die een meer restrictieve benadering hanteren en daartoe hun resterende soevereine bevoegdheid niet willen opgeven, enerzijds, en lidstaten die een meer liberale benadering hanteren en meer geneigd zijn deze benadering te communautariseren, anderzijds. Voorts moet er worden gewezen op de sterke nadruk die in het Stockholm-meerjarenprogramma<sup>1627</sup> wordt gelegd op meer en een efficiëntere praktische samenwerking. De lidstaten lijken er eerder de voorkeur aan te geven om via praktische samenwerking meer naar elkaar toe te groeien, en dit met ondersteuning vanuit het EASO. In het kader van de richtlijn Tijdelijke Bescherming, wijst FRANSSEN erop dat: *“Het belang van lidstaten om in crisissituaties van massale toestroom hun nationale maatregelen zoveel mogelijk op elkaar af te stemmen, zodat secundaire bewegingen worden voorkomen en tijdelijk beschermde gelijke hoogwaardige rechten hebben, is na de oorlog in Kosovo steeds meer naar de achtergrond verdwenen. Lidstaten zoeken in situaties van massale toestroom steeds meer heil in praktische samenwerking.”*<sup>1628</sup>

664. Wat betreft de EU-geharmoniseerde beschermingsmechanismen die verband houden met gemengde bescherming moet worden vastgesteld dat er vandaag krachtens richtlijn 2004/81/EG enkel een gemeenschappelijk bindend beschermingsmechanisme bestaat voor de slachtoffers van mensenhandel, indien zij medewerking verlenen bij het bestrijden van deze strafbare feiten waarbij een verblijfstitel en bijkomende socio-economische rechten

---

<sup>1624</sup> S. PEERS, “Legislative Update 2011, EU Immigration and Asylum Law: The Recast Qualification Directive”, *EJML* 2012, 220.

<sup>1625</sup> HvJ 30 januari 2014, C-285/12, *Diakité*.

<sup>1626</sup> S. PEERS, *The Second Phase of the Common European Asylum System: A Brave New World – or Lipstick on a Pig?*, Statewatch Analysis, 8 april 2013, 17p.

<sup>1627</sup> Meerjarenprogramma 2010-2014 betreffende de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht: Stockholmprogramma, Raadsdocument nr. 17024/09 van 2 december 2009, *Pb.C.* 4 mei 2010, afl. 115, 32.

<sup>1628</sup> K. FRANSSEN, *Tijdelijke bescherming van asielzoekers in de EU*, Nijmegen, Boom Juridische Uitgevers, 2011, 387-388.

worden toegekend. Er wordt in deze richtlijn ook voorzien in een beschermingsmechanisme voor slachtoffers van mensensmokkel indien zij medewerking verlenen aan handhavingsinstanties. De lidstaten zijn echter geheel vrij om te kiezen of zij t.a.v. de slachtoffers van mensensmokkel dit beschermingsmechanisme willen hanteren. Tenslotte dienen lidstaten te voorzien in een beschermingsmechanisme voor slachtoffers van zwartwerk, met name wanneer er sprake is van arbeidsgerelateerde uitbuiting of van de illegale tewerkstelling van een minderjarige, op basis van de regelingen die vergelijkbaar zijn met die van richtlijn 2004/81/EG, maar ook hier wordt de concrete uitwerking ervan geheel aan de lidstaten overgelaten.

#### **§ 4. Sommige bijkomende beschermingsnoden worden slechts gedeeltelijk of niet beantwoord op EU-niveau**

665. Uit dit Hoofdstuk 2 van Deel 1 blijkt duidelijk dat de EU een heel beperkt aantal geharmoniseerde beschermingsstatuten en -mechanismen hanteert die een min of meer omvattend antwoord bieden aan welomlijnde bijkomende beschermingssituaties. Conceet komen deze EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten en -mechanismen tegemoet aan noden aan bescherming die binnen de EU een algemeen draagvlak kennen. Andere bijkomende beschermingsnoden (of ze nu verbonden zijn aan interne, gemengde of externe omstandigheden) worden in het Unierecht maar beperkt en gedeeltelijk beantwoord. De verleende bijkomende bescherming beperkt zich dan vooral tot een niet-verwijdering van het grondgebied waardoor de verdere invulling van deze bescherming overgelaten wordt aan de soevereine bevoegdheid van de lidstaten. Het betreft hier dan situaties die eerder als marginaal worden beschouwd en waarover binnen de EU de meningen over een nood aan bescherming uiteenlopen.

666. Wat betreft de externe bescherming, wordt in artikel 78, lid 1, VWEU het begrip 'internationale bescherming' al meteen gekwalificeerd door het specifiek te beperken tot asiel, subsidiaire bescherming en tijdelijke bescherming, wat EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten zijn. Het begrip 'internationale bescherming', zoals gehanteerd in de EU, viseert dus enkel bepaalde beschermingsnoden die verband houden met omstandigheden in het land van herkomst (externe bescherming). De EU-asielwetgeving dekt daardoor niet alle mogelijke situaties in het land van herkomst die aanleiding kunnen geven tot een bijkomende beschermingsnood. Uit de laatste onderhandelingen inzake de herschikking van de Kwalificatierichtlijn blijkt dat er geen gekwalificeerde meerderheid was in de Raad om een ruimere invulling te geven aan het begrip 'internationale bescherming'. De EU heeft er voor gekozen om enkel een aantal begrippen en criteria uit de Kwalificatierichtlijn 2004 verder te verduidelijken. Het was nooit de bedoeling om de verlening van internationale bescherming uit te breiden naar andere mogelijke beschermingssituaties.

Net zoals de oorspronkelijke Kwalificatierichtlijn 2004, verleent ook de herschikte Kwalificatierichtlijn 2011 enkel bescherming tegen handelingen of nalatigheden van actoren in het land van herkomst. Het verleent dus geen bescherming tegen omstandigheden in het land van herkomst die het gevolg zijn van factoren of omstandigheden, zoals een ernstige ziekte die in het land van herkomst niet kan worden behandeld of milieu- of natuurrampen of extreme humanitaire omstandigheden, e.d. (uit Deel 2 zal echter blijken dat bepaalde lidstaten wel een nationale bijkomende bescherming voorzien voor deze omstandigheden). Uit de Raadsonderhandelingen blijkt dat het beantwoorden van de beschermingsnoden in het land van herkomst die voortvloeien uit factoren of omstandigheden, op aangeven van de lidstaten zelf buiten de werkingssfeer van de EU regelgeving werd gehouden en volledig wordt overgelaten aan de soevereine bevoegdheid van de lidstaten.

De Kwalificatierichtlijn 2011 en de richtlijn Tijdelijke Bescherming laten toe dat in bepaalde gevallen vreemdelingen van de vluchtelingenstatus, de subsidiaire bescherming of de tijdelijke bescherming moeten of kunnen worden uitgesloten. Daarnaast kan bescherming niet worden toegekend of kan bescherming worden ingetrokken of beëindigd worden om redenen van openbare orde of nationale veiligheid. Deze ‘uitgesloten’ vreemdelingen kunnen, ondanks een beschermingsnood, daardoor geen aanspraak maken op internationale bescherming, zoals omschreven in het Unierecht.

667. Er werd reeds op gewezen dat het begrip ‘ernstige schade’ ook in de herschikte Kwalificatierichtlijn 2011 niet verder werd verduidelijkt. Dit was een bewuste keuze van de Europese Commissie en de Raad. Het gegeven dat het begrip ‘ernstige schade’ onaangeraakt bleef tijdens de herschikking van de Kwalificatierichtlijn heeft tot gevolg dat deze richtlijn geen bescherming op individuele basis voorziet tegen andere situaties van willekeurig geweld die niet plaatsvinden binnen het kader van een internationaal of binnenlands gewapend conflict, zoals ernstige veiligheidssituaties of situaties van wijdverspreid of inheems geweld of van een stelselmatige of algemene schending van mensenrechten. Wederom zal blijken uit Deel 2 dat bepaalde lidstaten deze situaties wel in aanmerking nemen voor het verlenen van een nationale bijkomende bescherming.

Op EU-niveau wordt tegen deze situaties wel bescherming verleend door de richtlijn Tijdelijke Bescherming, maar enkel in het kader van een massale toestroom van ontheemden en wanneer de Raad, op voorstel van de Europese Commissie, daartoe een besluit neemt op basis van een gekwalificeerde meerderheid. Zoals eerder gezegd, werd van dit beschermingsmechanisme toe nu toe geen gebruik gemaakt.

FRANSSEN toont in haar proefschrift aan dat het algemene harmonisatiedoel van de richtlijn Tijdelijke Bescherming niet werd bereikt. Ze wijst erop dat het vage begrip ‘massale toestroom’ in recente jaren vaak als ‘*formeel juridisch excuus*’ is gebruikt door lidstaten die omwille van politieke en beleidsoverwegingen de richtlijn niet wilden activeren, hoewel ze de gerechtvaardigde vraag stelt of er na de burgeroorlogen in ex-Joegoslavië nog een vergelijkbare instroom is geweest.<sup>1629</sup> FRANSSEN stelt dat de tijdelijke bescherming door de richtlijn maar op een zeer beperkt terrein werd geharmoniseerd. Alleen als de Raad met tweederde meerderheid van oordeel is dat er sprake is van een massale toestroom en de Raad het wenselijk acht om tijdelijke bescherming in te stellen, zorgt de richtlijn ervoor dat lidstaten bepaalde minimumnormen in acht moeten nemen. Zij meent dat “*In alle andere gevallen blijven lidstaten bevoegd nationale, van elkaar verschillende, (humanitaire) beschermingsmaatregelen te hanteren.*”<sup>1630</sup> Uit haar proefschrift blijkt dat de richtlijn Tijdelijke Bescherming de lidstaten de ruimte en vrijheid geeft om in plaats van het Europese tijdelijke beschermingsregime te activeren, nationale tijdelijke beschermingsmaatregelen te nemen, wat in bepaalde gevallen dan ook gebeurd is, zoals blijkt uit haar vergelijkende studie van de tijdelijke bescherming in Nederland, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk. Ze betoogt: “*Hierdoor kunnen ze de beslissing wie wel en wie niet toe te laten en voor hoe lang in eigen hand houden.*”<sup>1631</sup>

De vaststelling die FRANSSEN maakt in haar proefschrift staat in contrast met de stelling van PEERS, die uit de richtlijn Tijdelijke Bescherming en andere EU-regelgeving inzake asiel

---

<sup>1629</sup> K. FRANSSEN, *Tijdelijke bescherming van asielzoekers in de EU*, Nijmegen, Boom Juridische Uitgevers, 2011, 386.

<sup>1630</sup> K. FRANSSEN, *Tijdelijke bescherming van asielzoekers in de EU*, Nijmegen, Boom Juridische Uitgevers, 2011, 387.

<sup>1631</sup> K. FRANSSEN, *Tijdelijke bescherming van asielzoekers in de EU*, Nijmegen, Boom Juridische Uitgevers, 2011, 386.

afleidt dat het lidstaten nu wordt belet om nieuwe nationale tijdelijke beschermingsprogramma's vast te stellen.<sup>1632</sup> Volgens hem hield de richtlijn Tijdelijke Bescherming een potentieel risico in voor het VN-Vluchtelingenverdrag, omdat de bredere werkingssfeer ervan aantrekkelijk kon zijn voor lidstaten die wensten om aanzienlijke aantallen vreemdelingen een lager niveau van bescherming toe te kennen, zoals voorzien in deze richtlijn Tijdelijke Bescherming. Hij oordeelde dat *“the unwillingness to apply the Directive in practice, coupled with the apparent ban on Member States establishing national temporary protection regimes, is in fact quite a positive result for the system of international protection in the EU.”*<sup>1633</sup> Dit optimisme wordt echter weerlegd door de bevindingen in het proefschrift van FRANSSEN.

Het gemeenschappelijk Europees asielstelsel omhelst dus enkel een aantal welomlijnde situaties in het land van herkomst die aanleiding geven tot de verlening van 'internationale bescherming' indien de beschermingsbehoefte vreemdeling voldoet aan bepaalde voorwaarden of aan een bepaald kader (bijvoorbeeld een Raadsbesluit). Andere omstandigheden in het land van herkomst die aanleiding kunnen geven tot bijkomende bescherming vallen buiten de Uniewetgeving en kunnen daardoor op het nationaal niveau door lidstaten worden beantwoord.

668. Zoals eerder vermeld, kennen, wat betreft gemengde bescherming, de EU-geharmoniseerde beschermingsmechanismen voor de slachtoffers van mensenhandel, voor de slachtoffers van mensensmokkel (optioneel) en voor de slachtoffers van zwartwerk, met name wanneer er sprake is van arbeidsgerelateerde uitbuiting of van illegale tewerkstelling van een minderjarige, een beperkte werkingssfeer. De activering van het beschermingsmechanisme wordt immers afhankelijk gesteld van de samenwerking van de betrokken vreemdeling met de bevoegde politionele en gerechtelijke autoriteiten. Er moet steeds sprake zijn van een zekere samenwerking met de handhavingsinstanties. De EU-immigratieregelgeving voorziet dus niet in een bescherming van de slachtoffers van mensenhandel, mensensmokkel of bepaalde gevallen van zwartwerk op basis van louter humanitaire of persoonlijke omstandigheden, terwijl dit wel voorzien is in het Mensenhanderverdrag van de Raad van Europa. Deel 2 zal aantonen aan dat bepaalde lidstaten wel voorzien in bescherming voor de hierboven vermelde slachtoffers in bijzondere omstandigheden, wanneer zij niet kunnen of willen meewerken in een onderzoek naar de mensenhandelaars.

669. Wat betreft de interne bescherming blijkt uit het Unierecht dat wanneer niet aan de voorwaarden voor gezinsherening is voldaan of wanneer een voortgezet verblijf niet mogelijk is onder het Unierecht, zal, op het gezins- of privéleven na, er geen (verder) verblijf worden toegekend op basis van het Unierecht. Ook hier zal Deel 2 aantonen dat bepaalde lidstaten een discretionaire bevoegdheid aanwenden om in bepaalde gevallen toch een verblijfsrecht te kunnen aanwenden ter bescherming van het gezins- of privéleven.

670. Tenslotte moet worden opgemerkt dat bepaalde categorieën van vreemdelingen die niet verwijderd kunnen worden naar hun land van herkomst, uit de boot vallen en geen aansluiting vinden bij de reeds bestaande EU-geharmoniseerde beschermingssatuten en -mechanismen. Voorbeelden hiervan zijn ernstig zieke vreemdelingen, vreemdelingen die mentaal of fysiek niet in staat zijn om te reizen, erkende staatlozen of andere vreemdelingen die omwille van technische of administratieve redenen niet verwijderd kunnen worden, illegaal verblijvende vreemdelingen die omwille van hun gezinsleven of privéleven niet

---

<sup>1632</sup> S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 342.

<sup>1633</sup> S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 345.



verwijderd kunnen worden, niet-begeleide minderjarige vreemdelingen waarvoor er geen duurzame oplossing is in hun land van herkomst, enz.

Voor al deze gevallen geldt dat de betrokken vreemdelingen geen aanspraak kunnen maken op een volwaardig EU-geharmoniseerd beschermingsstatuut. De situatie van deze vreemdelingen wordt daarom slechts summier beantwoord door het Europees immigratiebeleid. Dit Europees immigratiebeleid wil, enerzijds, een kader vaststellen voor legale migratie, dat voornamelijk is gericht op welbepaalde categorieën van derdelanders die met een welbepaald doel naar de EU komen. Het betreft dan economische migratie (bijvoorbeeld hooggeschoolde arbeiders, onderzoekers, studenten, enz.) of gezinshereniging. Anderzijds, heeft het Europees immigratiebeleid tot doel om illegale migratie en illegaal verblijf tegen te gaan, of toch minstens te beperken. In deze zin wordt de bescherming van derdelanders die niet voldoen aan de voorwaarden voor legale migratie, in eender welke context, maar die omwille van omstandigheden in het land van herkomst alsook in de ontvangende lidstaat niet kunnen terugkeren, dan ook maar gedeeltelijk behandeld in de EU-wetgeving.

671. De verwijzing naar ‘gedeeltelijke’ harmonisatie slaat op het feit dat de relevante EU-wetgeving voornamelijk mensenrechtelijke verplichtingen in herinnering brengt die de verwijdering van een illegaal verblijvende vreemdeling op dwingende wijze verbiedt, zoals het non-refoulementbeginsel, of die minstens Staten ertoe aanzetten een belangenafweging te maken indien de verwijdering of een negatieve verblijfsbeslissing wordt overwogen (bijvoorbeeld inzake het gezinsleven, de opgebouwde sociale banden, of de belangen van het kind, bijvoorbeeld de aanwezigheid van een duurzame oplossing in het land van herkomst voor een NBM). In sommige gevallen wordt aan de niet-verwijdering een minimumbescherming verbonden waarbij in een aantal waarborgen wordt voorzien in afwachting van een terugkeer, meer bepaald de handhaving van de eenheid van het gezin indien de gezinsleden op het grondgebied aanwezig zijn, het verstrekken van dringende medische zorg en het uitvoeren van de essentiële behandeling voor ziekte, het geven van toegang tot het basisonderwijs voor minderjarigen, afhankelijk van de duur van hun verblijf en het rekening houden met de speciale behoeften van kwetsbare personen.<sup>1634</sup> Het is voorts in principe de bevoegdheid van de lidstaten om te voorzien in de elementaire levensbehoeften van (tijdelijk) onverwijderbare personen volgens de nationale wetgeving.<sup>1635</sup> Verder dan het in herinnering brengen van internationale minimumstandaarden inzake bijkomende bescherming gaat de EU-wetgeving hier dus niet. Het wordt aan de soevereine bevoegdheid van de Staten overgelaten om al dan niet in schrijnende gevallen, om humanitaire of andere redenen, een verblijfsvergunning of een andere toestemming tot verblijf af te geven alsook een ruimere toegang tot socio-economische rechten en de toegang tot deze bescherming te verzekeren.<sup>1636</sup> Dit alles maakt dat de EU-regelgeving m.b.t. de niet-verwijderbare vreemdelingen zeer gefragmenteerd en complex is, met name zijn verwijzingen naar de internationale minimumstandaarden terug te vinden in de verschillende richtlijnen en moeten deze richtlijnen daarenboven samen worden gelezen, met name de Terugkeerrichtlijn, de Kwalificatierichtlijn 2011 en de Gezinsherenigingsrichtlijn.

Niettemin moet worden vastgesteld dat er zeer voorzichtige stappen en pogingen worden ondernomen tot verdere EU harmonisatie en het wegwerken van den zgn. ‘*protection gap*’ waaraan niet-verwijderbare vreemdelingen zijn onderworpen. Zoals reeds vermeld, wees de Europese Commissie in een werkdocument m.b.t. een geïntegreerde aanpak van de bescherming in de hele Europese Unie erop dat een volledige EU-harmonisatie in het kader van de verdere ontwikkeling van het gemeenschappelijk Europees asielsysteem “*would entail*

<sup>1634</sup> Art. 14 lid 1 Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1635</sup> Overweging nr. 12 Preambule Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1636</sup> Art. 6 lid 4 Richtl. 2008/115/EG.

*the recognition of an adequate level of protection to persons in need of protection, more in particular through the harmonization between Member States of protection statuses granted to other categories, like non removable persons.*<sup>1637</sup> In de mededeling van de Europese Commissie m.b.t. het meerjarenprogramma voor Justitie en Binnenlandse zaken (het zgn. Stockholmprogramma) wees de Europese Commissie erop dat: “ ... *...al te vaak kunnen verwijderingsmaatregelen niet worden uitgevoerd omwille van juridische of praktische hinderpalen.*” Volgens de Europese Commissie moet de Europese Unie “*bij ontsteltenis van duidelijke regelgeving nadenken over de mogelijkheid om gemeenschappelijke normen vast te leggen voor de aanpak van migranten in onwettig verblijf, die niet verwijderd kunnen worden.*”<sup>1638</sup> Met deze suggestie werd echter geen rekening gehouden in het uiteindelijk aangenomen Stockholmprogramma wegens een gebrek aan instemming in de Raad.<sup>1639</sup> In haar actieplan ter uitvoering van het Stockholmprogramma voorziet de Europese Commissie wel in een evaluatie van het gemeenschappelijk terugkeerbeleid, met name een verslag over de implementatie van de Terugkeerrichtlijn in 2014.<sup>1640</sup>

Er werden niettemin verschillende studies uitgevoerd naar de positie van de niet-verwijderbare vreemdelingen in de lidstaten. In 2009 voerde de European Group of National Human Rights Institutions (NHRI) een eerste studie uit naar onverwijderbare vreemdelingen.<sup>1641</sup> Deze studie toonde aan dat onverwijderbaarheid zijn oorzaak kan vinden in verschillende factoren. Een aantal factoren zijn verbonden met het non-refoulementbeginsel, zoals inbegrepen in artikel 3 EVRM. Daarbij zijn niet enkel omstandigheden in het land van herkomst van tel, maar dienen ook individuele omstandigheden in rekening worden gebracht, zoals bejaardheid, ernstige ziekte of hoogzwangerschap. Andere factoren zijn verbonden met artikel 8 EVRM, met name de bescherming van het privé- of gezinsleven. Er wordt ook verwezen naar artikel 3 VN-Kinderrechtenverdrag, met name wat betreft de situatie van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen. Tenslotte zijn er *de facto* factoren die verwijdering kunnen verhinderen, zoals een gebrek aan identificatie en reisdocumenten, of het gebrek aan vervoer. De studie wees erop dat de huidige EU-wetgeving, met name de Terugkeerrichtlijn, de problematiek rond onverwijderbaarheid enkel behandelt als een tijdelijk fenomeen, hoewel het dat niet altijd noodzakelijk is.

In 2010 vroeg het Europees Parlement een nota inzake de status van personen aan wie de vluchtelingenstatus werd geweigerd.<sup>1642</sup> Deze nota, die werd opgesteld door prof. K. HAILBRONNER, toonde een grote verscheidenheid aan zgn. post-asielprocedures aan. Deze post-asielprocedures worden aangewend om een verblijfsstatus te verlenen, in het bijzonder vanuit bepaalde bijkomende beschermingsnoden. De nota verwijst naar de nationale regelgeving of administratieve praktijken om gewone of humanitaire al dan niet tijdelijke

<sup>1637</sup> Commission Staff working document accompanying the Communication regarding a policy plan on asylum: an integrated approach to protection across the EU, Impact assessment, SEC(2008) 2029/2, 29.

<sup>1638</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad m.b.t. een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht ten dienste van de burger, 10 juni 2009, COM(2009) 262 final, 29-30.

<sup>1639</sup> Meerjarenprogramma 2010-2014 betreffende de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht: Stockholmprogramma, Raadsdocument nr. 17024/09 van 2 december 2009, Pb. C. 4 mei 2010, afl. 115.

<sup>1640</sup> Europese Commissie, Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's m.b.t. een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht voor de burgers van Europa: Actieplan ter uitvoering van het programma van Stockholm, 20 april 2010, COM(2010) 171 definitief, 58-59.

<sup>1641</sup> Zie [http://www.diversiteit.be/sites/default/files/legacy\\_files/persberichten/EG%20NHRI%20common%20position%20non-removable%20persons.pdf](http://www.diversiteit.be/sites/default/files/legacy_files/persberichten/EG%20NHRI%20common%20position%20non-removable%20persons.pdf).

<sup>1642</sup> K. HAILBRONNER, *The Status of Persons who Have Been Denied Refugee Status*, Note for the European Parliament, Directorate-general for internal policies, Policy Department C, Citizens' rights and constitutional affairs, Brussel, 2010, 11 p.

verblijfsvergunningen te bekomen, nationale procedures om een opschorting van de verwijderingsmaatregel te bekomen omwille van feitelijke of juridische hindernissen inzake de verwijdering of nationale beleidsmaatregelen inzake *de facto* gedoogstatuten, vertrekmoratoria of regularisatie. De nota stipt de preciaire verblijfsstatus aan die daarmee meestal gepaard gaat, alsook de beperkte toegang tot socio-economische rechten. Voorts blijkt uit de nationale regelgeving of het beleid dat ook vaak rekening wordt gehouden met het gegeven of de vreemdeling al dan niet zelf verantwoordelijk is voor de onmogelijkheid tot verwijdering. Uit de nota sprak een grote bezorgdheid voor de eventuele aantrekkingskracht van de nationale regelgeving of administratieve praktijken inzake bijkomende beschermingsnoden. De verscheidenheid aan nationale procedures en praktijken kan volgens de nota een belangrijkere *pull factor* vormen dan de toegang tot een asielprocedure zelf. De nota hield ook een aantal voorstellen in om in EU-verband een versterkte samenwerking voor gemeenschappelijke praktijken m.b.t. deze problematiek tot stand te brengen. Zo werd onder meer voorgesteld om regels aan te nemen op basis waarvan afgewezen asielzoekers die niet verwijderd kunnen worden, een tijdelijke beschermingsstatus kunnen verkrijgen. De nota pleitte er ook voor om de mogelijkheden voor lidstaten om te allen tijde in schrijnende gevallen, om humanitaire of om andere redenen, te beslissen een derdelander die illegaal op hun grondgebied verblijft een zelfstandige verblijfsvergunning of een andere vorm van toestemming tot verblijf te geven, zoals voorzien in artikel 6, vierde lid, van de Terugkeerrichtlijn, te beperken. Tenslotte wijst de nota op de nood aan harmonisatie inzake de toegang tot tewerkstelling en sociale bijstand in dit domein.

In het kader van de Raadswerkgroep integratie, migratie en verwijdering werd verwezen naar het non-refoulementbeginsel, maar werd er eveneens gesteld dat de lidstaten vrij zijn om te besluiten welke soort status zij willen verlenen aan personen die vallen onder de bescherming van het non-refoulementbeginsel. De werkgroep stelde *“In the absence of clear rules, Member States are invited to study national needs and practices and consider the possibility of establishing common standards for taking charge of illegal immigrants who cannot be removed.”*<sup>1643</sup> Een vragenlijst werd opgesteld die slechts door 11 lidstaten werd ingevuld. Een compilatie van de gemeenschappelijke elementen en beste praktijken in de lidstaten bevestigde wederom de vaststelling dat nationale regelgevingen en praktijken in de lidstaten inzake de behandeling van niet-verwijderbare vreemdelingen zeer van elkaar verschillen.<sup>1644</sup>

In een rapport van 2011 onderzocht het Europees Agentschap voor Fundamentele Rechten eveneens de situatie van niet-verwijderbare vreemdelingen, die als een zeer heterogene groep werd beschreven.<sup>1645</sup> Het Agentschap identificeerde drie grote obstakels die de verwijdering van illegaal verblijvende vreemdelingen kunnen verhinderen. Een eerste obstakel bestaat uit juridische gronden, met name de verplichtingen die volgen uit de mensenrechten en humanitaire overwegingen, en die verband houden met de bescherming van het gezins- en privéleven, met medische gronden, de humanitaire situatie in het land van herkomst en het beginsel van het belang van het kind. Een tweede obstakel is verbonden aan praktische omstandigheden en technische redenen, zoals moeilijkheden in het vaststellen van de nationaliteit of het gebrek aan reisdocumenten. Een derde obstakel vindt een grond in de nationale beleidsoverwegingen van de lidstaten die eventueel gebaseerd zijn op waarden

---

<sup>1643</sup> Zie Raadsdocument nr. 5654/11 LIMITE MIGR 11 COMIX 37 van 2 februari 2011 met onderwerp “Exchange of views and best practices on the issue of illegally staying third country nationals who, although subject to a return decision, cannot be removed from the territory of the Member State concerned by application of the principle of non-refoulement”.

<sup>1644</sup> Zie Raadsdocument nr. 7260/11 LIMITE MIGR 39 COMIX 140 van 8 maart 2011 met onderwerp “Compilation of the common elements and best practices of Member States on the status of illegally staying third-country nationals who, although subject to a return decision, cannot be removed from the territory of the Member State concerned by application of the principle of non-refoulement”.

<sup>1645</sup> European Union Fundamental Rights Agency, *Fundamental Rights of Migrants in an Irregular Situation in the European Union, Comparative Report*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2011, 27-38.

vastgelegd in de grondwet, op politieke overwegingen of in het kader van het migratiebeheer. Het rapport stelt vast dat de antwoorden die in het nationaal beleid worden geformuleerd op een situatie van niet-verwijderbaarheid zeer sterk variëren naargelang de al dan niet tijdelijke redenen voor niet-verwijderbaarheid en het profiel van de betrokken vreemdeling, met name de eventuele verwijtbaarheid van de niet-verwijderbaarheid. Het rapport maakt een onderscheid tussen vier mogelijke beleidsantwoorden. Ofwel wordt de niet-verwijderbaarheid gewoonweg niet erkend, ofwel is er sprake van een *de facto* gedoogstatus, ofwel wordt een formele gedoogstatus verleend, ofwel wordt een tijdelijke verblijfsvergunning toegekend. De toegang tot socio-economische rechten vermeerderd naargelang de vreemdeling beschikt over meer verblijfszekerheid. De verblijfsstatus van de vreemdeling kan variëren. Indien de obstakels voor verwijdering wegvallen, dan verdwijnen ook de eventueel toegekende verblijfszekerheden. Omgekeerd, indien de niet-verwijderbaarheid een aanhoudend fenomeen blijkt, dan kan dit aanleiding geven tot een permanente verblijfsvergunning. Het toekennen van een hogere graad van verblijfszekerheid gebeurt veelal op discretionaire basis en is vaak ook afhankelijk van het vervullen van bepaalde voorwaarden, zoals m.b.t. de duur van het verblijf, het goed gedrag, de openbare orde en nationale veiligheid en elementen van feitelijke integratie. Het Agentschap formuleerde een aantal aanbevelingen, zoals het vaststellen van mechanismen, ofwel op EU-niveau ofwel op het niveau van de lidstaten, om situaties te voorkomen waarbij vreemdelingen die niet verwijderd kunnen worden zich gedurende vele jaren in een limbosituatie bevinden. Het Agentschap roept op om, naar aanleiding van de evaluatie van de Terugkeerrichtlijn, wijzigingen te voorzien ter waarborging van de fundamentele rechten van niet-verwijderbare personen.

Tenslotte werd in maart 2013 een rapport gepubliceerd in opdracht van de Europese Commissie en uitgevoerd door Ramboll Management Consulting en Eurasyllum, over de situatie van vreemdelingen in afwachting van een terugkeer of verwijdering in de EU-lidstaten en Schengen-geassocieerde landen.<sup>1646</sup> Deze studie schetst op een feitelijke en vergelijkende wijze de situatie in 31 EU-lidstaten en Schengen-geassocieerde landen van vreemdelingen die hun terugkeer of verwijdering afwachten zodat een degelijke basis wordt gelegd voor een verdere reflectie inzake het beleid en mogelijke wetgevende initiatieven op dit domein.<sup>1647</sup> Het doel van de studie is om de Europese Commissie te helpen in het uitwerken van verdere gemeenschappelijke regels inzake de terugkeer, in lijn met de Terugkeerrichtlijn. De focus van de studie ligt op vreemdelingen die een bevel om het grondgebied te verlaten hebben ontvangen maar die in de desbetreffende lidstaat blijven, omwille van verschillende redenen, voor een kortere of langere periode. Een bijzondere nadruk wordt gelegd op situaties waarin de verwijdering wordt uitgesteld of geschorst. Ook in deze studie wordt vastgesteld dat het beleid, de wetgeving en de procedures in deze problematiek vaak gefragmenteerd en onduidelijk zijn. Veelal is er geen specifieke en eenduidige wetgeving aanwezig die concreet gericht is op de situatie van vreemdelingen in afwachting van hun terugkeer of verwijdering. In de studie wordt dit gebrek aan wetgeving uitgelegd vanuit de idee dat deze categorie van niet-verwijderbare vreemdelingen in wezen niet zou moeten bestaan. Strikt juridisch gezien is een vreemdeling immers ofwel 'binnen' en in het bezit van een verblijfsvergunning, ofwel 'buiten' en in het bezit van een bevel om het grondgebied te verlaten waaraan gevolg moet worden gegeven. Normaliter zou er geen tussencategorie mogen zijn van vreemdelingen die noch 'binnen' noch 'buiten' zijn, d.w.z. vreemdelingen die een bevel om het grondgebied hebben verlaten maar zich toch nog op het grondgebied bevinden.<sup>1648</sup>

<sup>1646</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Study on the situation of third-country nationals pending return/removal in the EU Member States and the Schengen Associated Countries*, 11 March 2013, HOME/2010/RFX/PR/1001, 100 p.

<sup>1647</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Study on the situation of third-country nationals pending return/removal in the EU Member States and the Schengen Associated Countries*, 11 March 2013, HOME/2010/RFX/PR/1001, 1-2.

<sup>1648</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Study on the situation of third-country nationals pending return/removal in the EU Member States and the Schengen Associated Countries*, 11 March 2013, HOME/2010/RFX/PR/1001, 4.

In de studie wordt een zeer algemene typologie opgesteld om vier benaderingen die in de bestudeerde lidstaten en Schengen-geassocieerde landen worden gehanteerd ten aanzien van de vreemdelingen die hun terugkeer of verwijdering afwachten, van elkaar te onderscheiden.<sup>1649</sup> Een eerste benadering heeft betrekking op de vreemdelingen wier terugkeer of verwijdering omwille van technische redenen niet mogelijk is en aan wie een tijdelijke verblijfsvergunning wordt toegekend eerder dan een louter uitstel van de verwijdering. Deze tijdelijke verblijfsvergunning worden normaal gezien ingetrokken van zodra de factoren die de terugkeer of verwijdering verhinderen, ophouden te bestaan. Een tweede benadering heeft betrekking op de vreemdelingen wier terugkeer of verwijdering op officiële wijze wordt uitgesteld en die genieten van een specifieke status. Hierdoor verkrijgen deze vreemdelingen een toelating om te blijven in afwachting van hun terugkeer of verwijdering alsook bijkomende socio-economische rechten. Vaak is de toegang tot bijkomende socio-economische rechten afhankelijk van ofwel de medewerking van deze vreemdelingen voor wat betreft hun vrijwillige terugkeer, ofwel de eventuele kwetsbaarheid van de betrokken vreemdelingen, ofwel de niet-verwijtbaarheid van de (tijdelijke) onmogelijkheid tot terugkeer.<sup>1650</sup> Een derde benadering heeft betrekking op vreemdelingen wier terugkeer of verwijdering officieel of *de facto* werd uitgesteld, maar aan wie geen bijzondere status wordt verleend en die geen toegang krijgen tot bijkomende socio-economische rechten. Een vierde benadering heeft betrekking op vreemdelingen aan wie geen uitstel noch bijkomende rechten wordt verleend. Er is geen sprake van een bijzondere status. Deze vreemdelingen hebben enkel toegang tot die basisrechten die worden verleend aan illegaal verblijvende vreemdelingen. De grote meerderheid van de bestudeerde 31 landen blijkt de derde dan wel vierde benadering te volgen. Uit de studie blijkt voorts dat meer dan de helft van de bestudeerde landen niet voorzien in mogelijkheden voor vreemdelingen wier verwijdering (tijdelijk) is uitgesteld om hun verblijf te regulariseren.<sup>1651</sup>

Op basis van gesprekken met nationale overheden, NGO's, internationale organisaties en EU-instellingen n.a.v. een studiedag in januari 2013 en geïnspireerd door nationale praktijken, lanceert de studie ook een aantal ideeën om coherenter om te gaan met de situatie van vreemdelingen in afwachting van hun terugkeer of verwijdering in de EU-lidstaten en Schengen-geassocieerde landen. Deze ideeën, die louter als inspiratie dienen, streven een tweevoudig doel na.

Het eerste doel komt tegemoet aan nationale overheden en bestaat erin om de problematiek van de (tijdelijk) niet-verwijderbare vreemdelingen op effectieve wijze te beantwoorden, zodat geschikte bijstand wordt verleend aan hen die niet kunnen terugkeren en actie wordt ondernomen t.a.v. hen die weigeren terug te keren.

Een tweede doel komt tegemoet aan de niet-verwijderbare vreemdelingen en bestaat erin te vermijden dat zij terecht komen in een zgn. limbosituatie.<sup>1652</sup> Immers, zoals reeds werd gesteld in voorafgaande studies, is onverwijderbaarheid niet steeds een tijdelijk fenomeen. In het bijzonder wanneer de verwijdering werd uitgesteld op grond van een non-refoulementverplichting, is het niet steeds vanzelfsprekend dat het hier slechts een tijdelijk beletsel tot verwijdering betreft. De verplichting neergelegd in de Terugkeerrichtlijn om een terugkeerbesluit te nemen t.a.v. elke illegaal verblijvende vreemdeling, ook al zou een non-refoulementverplichting kunnen gelden, kan deze personen in een limbo-situatie doen

---

<sup>1649</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Study on the situation of third-country nationals pending return/removal in the EU Member States and the Schengen Associated Countries*, 11 March 2013, HOME/2010/RFX/PR/1001, 2-3 en 90.

<sup>1650</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Study on the situation of third-country nationals pending return/removal in the EU Member States and the Schengen Associated Countries*, 11 March 2013, HOME/2010/RFX/PR/1001, 5.

<sup>1651</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Study on the situation of third-country nationals pending return/removal in the EU Member States and the Schengen Associated Countries*, 11 March 2013, HOME/2010/RFX/PR/1001, 6.

<sup>1652</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Study on the situation of third-country nationals pending return/removal in the EU Member States and the Schengen Associated Countries*, 11 March 2013, HOME/2010/RFX/PR/1001, 93.

verzeilen. Daarom moedigt de Terugkeerrichtlijn lidstaten aan om een regeling te treffen voor illegaal verblijvende derdelanders die nog niet kunnen worden uitgezet.<sup>1653</sup> Artikel 6 van de Terugkeerrichtlijn opent een aantal perspectieven omdat het lidstaten toelaat te allen tijde in schrijnende gevallen, om humanitaire of om andere redenen, te beslissen een derdelander die illegaal op hun grondgebied verblijft een zelfstandige verblijfsvergunning of een andere vorm van toestemming tot verblijf te geven. In dat geval wordt geen terugkeerbesluit uitgevaardigd en indien een terugkeerbesluit al is uitgevaardigd, dan wordt het ingetrokken of opgeschort voor de duur van de geldigheid van de verblijfsvergunning of een andere vorm van toestemming tot legaal verblijf. Zoals reeds vermeld, argumenteren sommigen dat artikel 6 van de Terugkeerrichtlijn lidstaten slechts twee opties geeft: ofwel wordt een terugkeerbesluit uitgevaardigd en uitgevoerd, ofwel wordt een verblijfsvergunning afgeleverd. Bij een nadere lezing van het artikel blijkt echter dat lidstaten niet uitdrukkelijk worden verplicht om een einde te stellen aan een zgn. limbosituatie, m.n. onverwijderbare personen in het bezit dienen te stellen van een verblijfsvergunning. De Terugkeerrichtlijn stelt enkel: “*De lidstaten kunnen te allen tijde*” regulariseren. Er is in de EU-wetgeving geen recht op regularisatie voor derdelanders noch zijn er geharmoniseerde inhoudelijke of procedurele regels in de EU-wetgeving vastgelegd. De auteurs van de studie stellen voor om een onderscheid te maken tussen drie categorieën van niet-verwijderbare vreemdelingen.<sup>1654</sup> Een eerste categorie is gericht tot die vreemdelingen wier verwijdering wordt uitgesteld om redenen buiten hun wil om. Aan hen wordt een status verleend die een officieel uitstel van verwijdering inhoudt met toegang tot bijkomende rechten. Zij hebben eveneens toegang tot een regularisatie van hun verblijf onder bepaalde voorwaarden. Een tweede categorie betreft vreemdelingen die het uitstel van hun verwijdering zelf veroorzaken. Aan hen wordt een *de facto* gedoogstatus verleend en zij hebben geen toegang tot de regularisatie van hun verblijf. Een derde categorie tenslotte betreft ‘ongewenste’ vreemdelingen, bijvoorbeeld omwille van openbare orde en nationale veiligheid of uitgesloten vluchtelingen en personen die in aanmerking komen voor subsidiaire bescherming, aan wie een *de facto* gedoogstatus wordt verleend met een toegang tot de regularisatie van hun verblijf onder strikte voorwaarden. De eerste twee categorieën houden dus rekening met de medewerking van vreemdelingen aan hun terugkeer of verwijdering. Concreet betekent dit wordt overwogen in welke mate de niet-verwijderbaarheid aan de vreemdelingen te verwijten is, dan wel of de niet-verwijderbaarheid een oorzaak vindt in factoren buiten hun wil om.

De studie grijpt terug naar artikel 9 van de Terugkeerrichtlijn als startpunt en pleit voor een onderscheid tussen hindernissen inzake terugkeer of verwijdering die (a) eerder van juridische en humanitaire aard zijn en waardoor een terugkeer een risico inhoudt voor het leven of de gezondheid van de vreemdeling, enerzijds, en (b) die eerder van praktische of technische aard zijn, anderzijds.<sup>1655</sup>

Geval (a) houdt verband met artikel 9, lid 1, van de Terugkeerrichtlijn, dat verduidelijkt dat de lidstaten de verwijdering moeten uitstellen in geval van een non-refoulementverplichting. Mijns inziens heeft geval (a) ook betrekking tot andere prangende humanitaire situaties waarin een terugkeer of verwijdering niet mogelijk is wegens andere internationale verplichtingen, met name in het licht van artikel 8 EVRM en de bescherming van het privé- en gezinsleven, alsook in het licht van het VN-Kinderrechtenverdrag en het belang van het kind, zeker wat betreft niet-begeleide minderjarige vreemdelingen.<sup>1656</sup> Er is besproken of zulke situaties meteen aanleiding geven tot een tijdelijke verblijfsvergunning dan wel tot een

<sup>1653</sup> Overweging nr. 12 Preamble Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1654</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Study on the situation of third-country nationals pending return/removal in the EU Member States and the Schengen Associated Countries*, 11 March 2013, HOME/2010/RFX/PR/1001, 93.

<sup>1655</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Study on the situation of third-country nationals pending return/removal in the EU Member States and the Schengen Associated Countries*, 11 March 2013, HOME/2010/RFX/PR/1001, 95.

<sup>1656</sup> M. MAES, “De Terugkeerrichtlijn en onverwijderbare vreemdelingen”, *T. Vreemd.* 2011, 267.

officieel uitstel van verwijdering met bijkomende rechten. Bij gebrek aan een eenduidige interpretatie van de Terugkeerrichtlijn hieromtrent, blijft dit punt open voor discussie. Hierbij moet m.i. in het achterhoofd worden gehouden dat voor deze zgn. prangende humanitaire situaties bij voorkeur een duurzame oplossing moet worden geformuleerd, gezien de onwaarschijnlijkheid of bijzondere moeilijkheid van een terugkeer of verwijdering in deze gevallen. Tevens moet worden herinnerd aan het gegeven dat maatregelen die het recht op een verblijf in een land beperken, in bepaalde gevallen een schending kunnen inhouden van artikel 8 EVRM indien zij disproportionele gevolgen hebben voor het privé- en of gezinsleven van de betrokken individuen.<sup>1657</sup>

Geval (b) houdt verband met artikel 9, lid 2, van de Terugkeerrichtlijn, dat stelt dat lidstaten verwijdering kunnen uitstellen omwille van praktische en technische redenen, bijvoorbeeld door een gebrek aan vervoer, reisdocumenten, enz. Het is in deze gevallen dat het van belang is om rekening te houden met de medewerking van de betrokken vreemdeling, de eventuele verwijtbaarheid van de niet-verwijderbaarheid en de eventuele tijdelijkheid van de niet-verwijderbaarheid.

De studie stelt voor dat lidstaten, indien de periode van vrijwillig vertrek is verlopen, variërend tussen 7 en 30 dagen volgens de Terugkeerrichtlijn, vervolgens uitmaken of er een grond is om aan de vreemdelingen die nog steeds op het grondgebied verblijven, een uitstel van verwijdering toe te kennen voor een bepaalde periode.<sup>1658</sup> Bij afloop van deze periode dienen de situatie en status van de betrokken vreemdeling te worden geëvalueerd. Daarbij moet worden nagegaan of de niet-verwijderbaarheid van tijdelijke aard is of niet en of de vreemdeling zijn medewerking heeft verleend aan een terugkeer.<sup>1659</sup>

Indien de vreemdeling steeds heeft meegewerkt aan zijn terugkeer maar deze onmogelijk blijft, dient de verlening van een tijdelijke verblijfsvergunning te worden overwogen. Indien een vreemdeling initieel niet heeft meegewerkt aan zijn terugkeer maar tijdens het uitstel van de verwijdering wel zijn medewerking heeft verleend, dan zou bij het voortbestaan van de niet-verwijderbaarheid moeten worden overwogen of aan deze vreemdeling na verloop van tijd, bijvoorbeeld 18 maanden, geen andere status kan worden verleend die toegang geeft tot regularisatie van zijn verblijf, bijvoorbeeld wanneer een verwijdering in de voorzienbare toekomst onwaarschijnlijk lijkt of een terugkeer nutteloos wordt geacht. Het omgekeerde zou eveneens mogelijk moeten zijn, met name dient het mogelijk te zijn om een vreemdeling die initieel zijn medewerking heeft verleend maar daarna niet meer, een andere status te verlenen die geen toegang meer geeft tot de regularisatie van zijn verblijf.

Het is duidelijk dat deze laatste studie valabele suggesties aanreikt voor de problematiek van de niet-verwijderbare vreemdelingen en de nood aan bijkomende bescherming in de verf zet. Er bestaat immers veel terughoudendheid bij lidstaten om de positie van niet-verwijderbare vreemdelingen beter te regelen. Deze terughoudendheid kan afnemen indien er een onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende situaties van niet-verwijderbaarheid waarbij duidelijk wordt gesteld dat niet elke situatie van niet-verwijderbaarheid in aanmerking komt voor een verblijfsvergunning.<sup>1660</sup> Belangrijk zijn ook de bevoegdheden en mogelijkheden om een niet-verwijderbaarheid van een vreemdeling op gezette tijdstippen te evalueren en vervolgens het uitstel van verwijdering op te heffen en de terugkeer of verwijdering te doen plaatsvinden dan wel om het uitstel van verwijdering om te zetten in een tijdelijke

---

<sup>1657</sup> EHRM, Grote Kamer, 26 juni 2012, nr. 26828/06, *Kuric v. Slovenië*, par. 355.

<sup>1658</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Study on the situation of third-country nationals pending return/removal in the EU Member States and the Schengen Associated Countries*, 11 March 2013, HOME/2010/RFX/PR/1001, 95-97.

<sup>1659</sup> In die zin argumenteerde ik reeds dat in sommige gevallen een tijdelijk uitstel van verwijdering met nodige waarborgen kan volstaan, met name wanneer een terugkeer binnen voorzienbare tijd mogelijk wordt geacht, met name in het geval van een korststondige ziekte, zwangerschap of schoolgaande kinderen die hun schooljaar wensen te beëindigen: M. MAES, "De Terugkeerrichtlijn en onverwijderbare vreemdelingen", *T. Vreemd.* 2011, 266-267.

<sup>1660</sup> M. MAES, "De Terugkeerrichtlijn en onverwijderbare vreemdelingen", *T. Vreemd.* 2011, 266.

verblijfsstatus en desgevallend in een onbeperkte en definitieve verblijfsstatus. In het licht van een duurzame oplossing voor de betrokken vreemdelingen en in het licht van het migratiebeheer is de meerwaarde van deze suggesties zeer pertinent.

Een aantal aangereikte elementen zijn nog niet helemaal duidelijk. In het hierboven geschetste model is het cruciaal om te bepalen hoe ‘medewerking’ wordt gedefinieerd, alsook om te bepalen welke tijdsperioden worden gehanteerd om de overgang naar een andere (verblijfs)status of de toegang tot regularisatie te faciliteren. Ook is nog niet duidelijk welke socio-economische rechten aan welke status moeten worden verbonden. Het is wel zo dat de Terugkeerrichtlijn stelt dat wanneer lidstaten een uitstel van verwijdering, al dan niet verplicht, toestaan, zij ook een aantal minimumwaarborgen moeten naleven in afwachting van terugkeer. Deze waarborgen betreffen de handhaving van de eenheid van het gezin indien de gezinsleden op het grondgebied aanwezig zijn, het verstrekken van dringende medische zorg en het uitvoeren van de essentiële behandeling van ziekte en het verlenen van toegang tot het basisonderwijs voor minderjarigen, afhankelijk van de duur van hun verblijf en het rekening houden met de speciale behoeften van kwetsbare personen.<sup>1661</sup> De richtlijn gebruikt voorzichtige bewoordingen, die eerder een inspanningsverbintenis kaderen: lidstaten zullen de bovenstaande beginselen *zoveel mogelijk* in acht nemen.<sup>1662</sup> Voorts is het in principe de bevoegdheid van de lidstaten om te voorzien in de elementaire levensbehoeften van onverwijderbare personen volgens de nationale wetgeving.<sup>1663</sup> In dit kader moet rekening worden gehouden met de rechtspraak van het EHRM inzake artikel 3 EVRM, met name dat een Staat niet onverschillig en nalatig mag zijn t.a.v. een vreemdeling die niet in de mogelijkheid is om te voorzien in de meest elementaire levensbehoeften, zoals voedsel, hygiëne en huisvesting, en zich daardoor in een situatie van ernstige ontbering en extreme armoede bevindt.<sup>1664</sup> Tenslotte zijn lidstaten verplicht om onverwijderbare personen in het bezit te stellen van een schriftelijke bevestiging, overeenkomstig de nationale wetgeving, van het feit dat het terugkeerbesluit voorlopig niet zal worden uitgevoerd.<sup>1665</sup> Naast deze minimumwaarborgen zou ook moeten worden voorzien in de mogelijkheid van een duurzame oplossing voor minstens die vreemdeling die, met name buiten zijn wil, binnen voorzienbare tijd niet kan terugkeren of verwijderd kan worden. Een duurzame oplossing houdt in dit geval dan meer in dan het verlenen van minimumwaarborgen en dient oog te hebben voor het bewerkstelligen van een zelfredzaamheid in hoofde van die vreemdeling, bijvoorbeeld door het verlenen van een recht op toegang tot de arbeidsmarkt.

De studie reikt ook geen coherent antwoord aan voor de situatie van staatloze personen. Minstens lijkt me dat staatlozen een effectieve toegang tot een erkenningsprocedure moeten verkrijgen, idealiter met een voorlopig recht van verblijf tijdens die procedure. De erkenning van staatloosheid zou moeten leiden tot een recht op verblijf.<sup>1666</sup>

Een heikel punt blijft de situatie van ongewenste maar niet-verwijderbare vreemdelingen. De rechtspraak van het EHRM inzake artikel 3 EVRM en vreemdelingen die, omwille van terroristische of andere misdrijven, onwaardig worden geacht om in aanmerking te komen

---

<sup>1661</sup> Art. 14 lid 1 Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1662</sup> In het Commissievoorstel werd verwezen naar de Richtl. 2003/9/EC (opvangrichtlijn) als een minimumnorm waaraan de verblijfsomstandigheden van (tijdelijke) onverwijderbare personen dienen te voldoen, meer bepaald artikelen 7 (verblijf en bewegingsvrijheid), 8 (eenheid van het gezin), 9 (medisch onderzoek), 10 (onderwijs minderjarigen), artikel 15 (gezondheidszorg), artikelen 17 (kwetsbare personen), 18 (minderjarigen), 19 (niet-begeleide minderjarigen) en 20 (slachtoffers van foltering en geweld). Zie Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, 1 september 2005, COM(2005) 391 definitief, 19.

<sup>1663</sup> Overweging nr. 12 Preambule Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1664</sup> Zie EHRM 18 juni 2009, nr. 45603/05, *Budina v. Rusland* (onontvankelijkheidsbeslissing) met verwijzing naar EHRM 23 april 2002, nr. 56869/00, *Larioshina v. Rusland* (onontvankelijkheidsbeslissing); EHRM, 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. Griekenland en België*.

<sup>1665</sup> Art. 14 lid 2 Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1666</sup> M. MAES, “De Terugkeerrichtlijn en onverwijderbare vreemdelingen”, *T. Vreemd.* 2011, 267.



voor een formeel beschermingsstatuut, is in deze controversieel. Het EHRM stelt immers dat het non-refoulementbeginsel, inherent aan artikel 3 EVRM, absoluut is. Het absolute karakter houdt in dat bij verwijderingszaken, ongeacht het gedrag van de betrokkene, er ook geen afweging mag worden gemaakt tussen de belangen van de gemeenschap en de bescherming tegen refoulement.<sup>1667</sup> Het Hof erkent dat, als deel van de strijd tegen terrorisme, het aan Staten moet worden toegelaten om vreemdelingen die als een bedreiging voor de nationale veiligheid worden aanzien, te verwijderen of uit te leveren.<sup>1668</sup> Evenwel mag een dergelijke deportatie niet in strijd zijn met de rechten van de vreemdeling onder het EVRM. De activiteiten van de betrokkene, hoe onwenselijk of gevaarlijk ook, mogen niet in rekening worden gebracht bij de toepassing van artikel 3 EVRM.<sup>1669</sup> Kortom, artikel 3 EVRM kent geen uitsluitingsgronden of kan niet beperkt worden op grond van de openbare orde of nationale veiligheid. De beoordeling van het reëel risico staat los van de redenen voor verwijdering, waardoor de bescherming die wordt verleend onder artikel 3 EVRM dus breder is dan de bescherming verleend onder artikel 33 van het VN-Vluchtelingenverdrag.<sup>1670</sup> Vreemdelingen die werden uitgesloten van de vluchtelingenstatus of het non-refoulementbeginsel in art. 33 VN-Vluchtelingenverdrag, kunnen in artikel 3 EVRM aldus een vangnet vinden. Dit is in strijd met de ideeën in bepaalde lidstaten dat er in sommige gevallen ruimte zou moeten zijn in de toepassing van artikel 3 EVRM voor een belangenafweging. Hoe groter het risico op een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM, hoe minder gewicht er moet worden gegeven aan het risico op een bedreiging van de openbare orde en nationale veiligheid. Wanneer er echter ernstige twijfel bestaat over het risico op een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM, dan dient de bedreiging voor de openbare orde en nationale veiligheid zwaar door te wegen in de afweging tussen de belangen van het betrokken individu en de algemene bepalingen van de betrokken gemeenschap. Deze voorgestelde belangenafweging werd door het EHRM herhaaldelijk afgewezen, tot frustratie van bepaalde lidstaten.<sup>1671</sup> Dit houdt in dat, indien geen alternatief wordt gevonden (bijvoorbeeld opvang in een derde land) een ongewenste vreemdeling dus niet kan worden verwijderd en verder illegaal en in een precaire situatie op het grondgebied van een lidstaat zal verblijven, veelal uit het oog van politie- en veiligheidsdiensten. Het lijkt daarom aangewezen om geval per geval na te gaan of het non-refoulement zich op duurzame wijze verzet tegen verwijdering en of het blijvend onthouden van een verblijfsvergunning disproportioneel is. Daarbij kan rekening gehouden worden met bijzondere omstandigheden die een uitzonderlijke situatie creëren in een individueel geval.

De hierboven besproken studies en rapporten zien duidelijk een nood aan verdere EU-harmonisatie voor die gevallen waar terugkeer of verwijdering wordt verhinderd door praktische of technische obstakels dan wel eerder juridische verplichtingen die hun wortels vinden in internationale minimumstandaarden inzake bijkomende bescherming, zoals besproken in Hoofdstuk 1 van Deel 1. In de laatste studie wordt evenwel de pertinente vraag gesteld of deze EU-harmonisatie moet bestaan uit Unierechtelijke vastgestelde definities en criteria dan wel of er eerder moet worden gedacht aan een 'geval per geval'-benadering,

---

<sup>1667</sup> Uit paragraaf 89 van het *Soering*-arrest mag niet worden afgeleid dat er ruimte is voor een afweging van het risico op slechte behandeling tegen de redenen voor verwijdering om de verantwoordelijkheid van een Staat onder artikel 3 EVRM te bepalen. Zie ook EHRM 27 juni 1995, nr. 22414/93, *Chahal v. Verenigd Koninkrijk*, par. 81.

<sup>1668</sup> EHRM 17 januari 2012, nr. 8139/09, *Othman (Abu Qatada) v. Verenigd Koninkrijk*, par. 184.

<sup>1669</sup> Het absolute karakter van artikel 3 EVRM, zelfs in het kader van terrorismebestrijding, werd bevestigd in EHRM 28 februari 2008, nr. 37201/06, *Saadi v. Italy*, par. 138. Zie voor een kritiek op het absoluut verbod op non-refoulement: EHRM 31 januari 2012, nr. 50012/08, *M.S. v. België, J.T.* 2012, 352, noot M. BOSSUYT. BOSSUYT verwijst naar de artikelen 32 en 33 van het VN-Vluchtelingenverdrag en vraagt zich af of in deze materie geen voorrang moeten worden verleend aan het specifieke VN-Vluchtelingenverdrag boven het algemene EVRM (*lex specialis derogat generali*).

<sup>1670</sup> EHRM 7 december 1996, nr. 25964/94, *Ahmed v. Oostenrijk*, par. 41.

<sup>1671</sup> EHRM 27 juni 1995, nr. 22414/93, *Chahal v. Verenigd Koninkrijk*, par. 75-82. Zie ook de speech van de Britse Eerste Minister Cameron in Straatsburg op 25 januari 2012, met name zijn citaat: "You cannot try them, you cannot detain them and you cannot deport them."

bijvoorbeeld door het gebruik van gemeenschappelijke EU richtsnoeren, wat wellicht voor EU lidstaten makkelijker te behappen is.

In een recente mededeling geeft de Europese Commissie aan richtsnoeren en aanbevelingen te willen opstellen om een correct uitvoering van de Terugkeerrichtlijn te verzekeren. Voor wat betreft niet-verwijderbare personen jegens wie een terugkeermaatregel loopt, zal de Europese Commissie de beste praktijken die op nationaal niveau worden toegepast, verzamelen, om lang aanslepende situaties te vermijden en om te voorkomen dat niet-verwijderbare personen hun basisrechten voor onbepaalde tijd verliezen en het risico lopen onrechtmatig opnieuw in bewaring te worden genomen.<sup>1672</sup>

## **§ 5. De mogelijkheid in de EU-wetgeving om op gunstiger nationale bepalingen te handhaven of vast te stellen**

672. Zowel richtlijnen die minimumnormen neerleggen als de richtlijnen die gemeenschappelijke normen beogen, voorzien (nog steeds) in een mogelijkheid voor lidstaten om gunstigere bepalingen in nationaal recht vast te stellen of te handhaven. Deze mogelijkheid is terug te vinden, met name, in de Gezinsherenigingsrichtlijn<sup>1673</sup> en de Terugkeerrichtlijn<sup>1674</sup>, in de richtlijn 2004/81/EG vallen (d.i. het EU-beschermingsmechanisme voor slachtoffers van mensenhandel en mensensmokkel<sup>1675</sup>), in de Kwalificatierichtlijnen 2004 en 2011<sup>1676</sup> en in de richtlijn 2009/52/EG (ter bepaling van wie in aanmerking komt voor de bescherming als illegaal verblijvende zwartwerker).<sup>1677</sup>

In een aantal richtlijnen, zoals de Kwalificatierichtlijn 2011, de Procedurerichtlijn 2013 en de Terugkeerrichtlijn, wordt daarbij gepreciseerd dat deze gunstigere bepalingen in nationaal recht enkel vastgesteld of gehandhaafd kunnen worden indien ze verenigbaar zijn met de betrokken richtlijn (de zgn. ‘*compatibility clause*’ of verenigbaarheidsclausule), of, met andere woorden, zolang de gunstigere bepalingen niet tegen de richtlijn ingaan.

673. Van belang hier is te begrijpen wat wordt bedoeld met ‘verenigbaar’. Waar de betrokken EU-secundaire regelgeving aangenomen op basis van artikel 63 VEG in een eerste fase slechts minimumnormen vastlegde, kan worden gesteld dat deze minimumharmonisatie op inherente wijze een ruime beleids- en beoordelingsvrijheid bevat voor lidstaten om gunstigere bepalingen vast te stellen of te handhaven in nationaal recht. Volgens PEERS, “*It follows that the EU legislation in this field adopted before the Treaty of Lisbon always had to leave Member States the power to set higher standards.*”<sup>1678</sup>

Zowel PEERS als BATTJES stellen dat in het licht van het mensenrechtenkader waarin de betrokken EU regelgeving is aangenomen, gunstigere nationale bepalingen enkel zijn toegelaten wanneer zij ‘gunstig’ zijn voor de begunstigden van de EU regelgeving – gunstigere bepalingen kunnen nooit ten nadele van deze begunstigden spelen.<sup>1679</sup>

---

<sup>1672</sup> Europese Commissie, Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement betreffende het EU terugkeerbeleid, 28 maart 2014, COM (2014) 199 definitief, 10.

<sup>1673</sup> Art. 3 lid 5 Richtl. 2003/86/EG.

<sup>1674</sup> Art. 3 lid 4 Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1675</sup> Art. 3 lid 5 Richtl. 2003/86/EG; art. 4 Richtl. 2004/81/EG.

<sup>1676</sup> Art. 3 Richtl. 2004/83/EG en 2011/95/EU.

<sup>1677</sup> Art. 15 Richtl. 2009/52/EG.

<sup>1678</sup> S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 307.

<sup>1679</sup> S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 307. H. BATTJES, *European Asylum Law and International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 160-165.

674. Deze stelling geldt zeker voor de *standstill*-clausules en optionele bepalingen die deel uitmaken van de EU-minimumregelgeving. Soms voorzien optionele bepalingen in de mogelijkheid om een ruimere bescherming te voorzien, bijvoorbeeld de mogelijkheid om de Gezinsherenigingsrichtlijn toe te passen op afhankelijke meerderjarige kinderen of steun behoevende ascendenten<sup>1680</sup> of een EU-beschermingsmechanisme te hanteren t.a.v. de slachtoffers van mensensmokkel.<sup>1681</sup> Het spreekt voor zich dat in deze zin het handhaven of vaststellen van gunstigere bepalingen in het nationaal recht niet als onverenigbaar met de betrokken EU-regelgeving kan worden beschouwd, aangezien de EU-regelgeving uitdrukkelijk de mogelijkheid tot een ruimere bescherming toelaat.

675. Meestal hebben *standstill*-clausules en optionele bepalingen echter tot doel om lidstaten de mogelijkheid te geven om af te wijken van of te voorzien in uitzonderingen op bepaalde beginselen die in de betrokken EU-regelgeving worden vastgelegd zodat een minder ruime bescherming kan worden verleend. Voorbeelden hiervan zijn de toepassing van het begrip 'binnenlandse bescherming',<sup>1682</sup> de optionele mogelijkheden om de vluchtelingenstatus en subsidiaire beschermingsstatus in te trekken,<sup>1683</sup> de mogelijkheid om de inhoud van de verleende bescherming te beperken,<sup>1684</sup> de mogelijkheid om een minimumleeftijd te hanteren voor gezinshereniging,<sup>1685</sup> enz.

Eerder werd vastgesteld dat ook in de tweede fase van de harmonisatie, de nieuwe EU-gemeenschappelijke normen inzake asiel en immigratie nog steeds worden gekenmerkt door optionele bepalingen, hoewel de *standstill*-clausules in de asielrichtlijnen werden geschrapt. Zo kunnen lidstaten nog steeds optioneel het begrip 'binnenlandse bescherming' hanteren, ze kunnen ervoor kiezen om de toegang tot sociale bijstand voor vreemdelingen aan wie subsidiaire bescherming werd verleend te beperken, ze kunnen opteren voor het hanteren van bijzondere procedures in het kader van een asielprocedure maar ze kunnen ook opteren om in een ruimere bescherming te voorzien door geen gebruik te maken van optionele bepalingen.

*Standstill*-clausules en optionele EU-bepalingen laten divergentie in de nationale toepassingen en praktijken toe, niet enkel in de zin dat lidstaten ervoor kunnen kiezen om gebruik te maken van toegelaten afwijkingen en uitzonderingen op bepaalde beginselen neergelegd in de EU-regelgeving, maar er ook voor kiezen om geen gebruik te maken van deze uitzonderingen, afwijkingen en *standstill*-clausules en zich te conformeren naar de vastgestelde beginselen in de EU-regelgeving.

676. De vraag naar de meerwaarde van de bepalingen die voorzien in een mogelijkheid om gunstigere nationale standaarden te handhaven of vast te stellen, kan hier dan ook gesteld worden. De mogelijkheid tot divergentie vormt immers de essentie van een optionele bepaling. Het hanteren van gunstigere bepalingen in het nationaal recht door geen gebruik te maken van optionele bepalingen lijkt dan ook niet onverenigbaar met de betrokken EU-regelgeving. De meerwaarde van de mogelijkheid om gunstigere bepalingen te handhaven of vast te stellen zou zich dan eerder moeten bevinden in wat bindende bepalingen zijn in de EU-asiel- en immigratieregelgeving.

677. Waar deze bindende EU bepalingen minimumnormen betreffen, is het handhaven of vaststellen van gunstigere bepalingen niet onverenigbaar met de betrokken EU-regelgeving,

---

<sup>1680</sup> Art. 4 lid 2 Richtl. 2003/86/EG.

<sup>1681</sup> Art. 3 Richtl. 2004/81/EG.

<sup>1682</sup> Art. 8 lid 3 Richtl. 2004/83/EG.

<sup>1683</sup> Art. 14 lid 4 en art. 19, leden 2 en 3, Richtl. 2004/83/EG.

<sup>1684</sup> Art. 20 lid 7 en art. 23 lid 4 Richtl. 2004/83/EG.

<sup>1685</sup> Art. 4 lid 5 Richtl. 2003/86/EG.

aangezien uitdrukkelijk wordt aangegeven dat het immers enkel ‘minimum’-normen betreffen. Dit houdt impliciet in dat er gunstigere, en in wezen ‘hogere’, normen kunnen worden gehanteerd door lidstaten. Zulke richtlijnen laten immers door hun minimale benadering de ruimte voor nationale variaties die gunstigere standaarden neerleggen voor de betrokken derdelanders. Zo wordt, onder meer, in de Kwalificatierichtlijn 2004 gesteld: “*Het ligt in de aard van minimumnormen, dat de lidstaten (...) gunstiger bepalingen kunnen treffen of in stand houden.*”<sup>1686</sup>

PEERS verwijst tevens naar het mensenrechtenkader waarin de EU-asiel- en immigratieregelgeving tot stand is gekomen, met name het Handvest, het EVRM en andere relevante internationale mensenrechtenverdragen, alsook de grondrechten die deel uitmaken van de algemene beginselen van het Unierecht, wat in de inleiding van Hoofdstuk 2 van Deel 1 werd besproken. Hij verdedigt de stelling, die ook door BATTJES wordt onderschreven<sup>1687</sup>, dat de mogelijkheid voor lidstaten om gunstigere nationale bepalingen te handhaven of vast te stellen enkel kan worden begrepen als de mogelijkheid tot hogere beschermingsstandaarden voor de betrokken vreemdelingen (“*those higher standards must constitute higher standards of protection for the persons concerned*”).<sup>1688</sup>

678. Het hanteren van gunstigere bepalingen moet volgens BATTJES niet worden gezien als een bedreiging van het Unierecht, in zoverre de toepassing van gunstigere bepalingen in nationaal recht de eenheid en coherentie van het Unierecht niet ondermijnt.<sup>1689</sup> Het is in deze zin dat advocaat-generaal Mengozzi argumenteerde dat het toekennen van een andere, nationale bescherming aan een persoon die wordt uitgesloten van de vluchtelingenstatus, het Unierecht niet ondermijnt. Anders zou het zijn wanneer aan een persoon die op basis van EU regelgeving wordt uitgesloten van de vluchtelingenstatus, toch de vluchtelingenstatus wordt verleend op basis van hogere nationale standaarden.<sup>1690</sup> In dezelfde zin oordeelde het HvJ dat een verblijfsvergunning die onder gunstigere voorwaarden dan de in het Unierecht gestelde wordt verleend, geen EU-verblijfsvergunning voor langdurige ingezetene kan zijn.<sup>1691</sup> Evenzo oordeelde advocaat-generaal Bot dat het toekennen van een verblijf omwille van medische gronden, ook onder het mom van gunstigere bepalingen, niet als een vorm van subsidiaire bescherming kan worden beschouwd omdat het niet verenigbaar is met het doel en finaliteit de Kwalificatierichtlijn.<sup>1692</sup>

679. Geldt dezelfde vanzelfsprekendheid voor lidstaten om gunstigere nationale bepalingen te handhaven of vast te stellen ook ten aanzien van de nieuwe EU-regelgeving die werd aangenomen in het kader van de tweede fase van het EU-gemeenschappelijk asiel- en migratiebeleid? De vraag dringt zich des te meer op waar ‘gemeenschappelijke normen’ werden vastgelegd vanuit de doelstelling van een hogere graad van harmonisatie gebaseerd op hogere beschermingsnormen. Is het dan nog verdedigbaar dat van deze gemeenschappelijke EU-bindende normen wordt afgeweken en dat de nationale regelgeving in gunstigere bepalingen voorziet?

Het antwoord zou hierop negatief moeten zijn indien volledigheid en eenvormigheid in de harmonisatie werd nagestreefd. Hoewel de Unie op basis van het EU-primair recht, met name artikelen 78 en 79 VWEU, daartoe een bevoegdheid heeft, blijkt duidelijk uit een lezing van de

---

<sup>1686</sup> Overweging nr. 8 Preamble Richtl. 2004/83/EG.

<sup>1687</sup> H. BATTJES, *European Asylum Law and International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 160-165.

<sup>1688</sup> S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 307.

<sup>1689</sup> H. BATTJES, *European Asylum Law and International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 160-165.

<sup>1690</sup> Zie conclusie van advocaat-generaal Mengozzi van 1 juni 2010 in de gevoegde zaken nrs. C-57/09 en C-101/09, *B. en D.*, par. 103-105.

<sup>1691</sup> HvJ 17 juli 2014, C-469/13, *Tahir*.

<sup>1692</sup> HvJ 17 juli 2014, conclusies van advocaat-generaal Bot in zaak nr. C-542/13, *M'Bodj*, par. 66-70.

nieuwe EU-regelgeving dat er daar niet werd gekozen om een coherente, allesomvattende en volledige harmonisatie van de EU-asiel- en immigratieregelgeving na te streven. Deze vaststelling vindt steun in het gegeven dat enkel een ‘hogere graad’ van harmonisatie werd nagestreefd en geen ‘volledige’ harmonisatie, in het feit dat optionele bepalingen, uitzonderingen en afwijkingen deel blijven uitmaken van de betrokken EU-regelgeving, alsook in het feit dat nog steeds wordt voorzien in de mogelijkheid voor lidstaten om gunstigere bepalingen te handhaven of vast te stellen. Het gebrek aan een volledige harmonisatie betekent dit dat er nog steeds een eigen beleidsruimte bestaat voor lidstaten.

680. PEERS betoogt dat in deze context van onvolledige harmonisatie de verenigbaarheidsclausules in beginsel *“would have to be understood as requiring Member States to comply with any fully uniform provisions of the relevant legislation, i.e. any measures which clearly left no room for national variations as regards the application of the relevant rules.”*<sup>1693</sup> PEERS argumenteert daarbij, en deze argumentatie kan worden onderschreven, dat indien er twijfel is over de vraag of een bepaling als volledig eenvormig (d.i. geharmoniseerd) moet worden beschouwd, deze twijfel dient te worden opgelost door de lidstaten, in het licht van het geldende mensenrechtenkader, de mogelijkheid te geven om gunstigere bepalingen toe te passen die moeten worden begrepen als hogere beschermingsstandaarden voor de betrokken vreemdeling. Idealiter en in het licht van de rechtszekerheid zou volgens PEERS best uitdrukkelijk moeten worden aangeduid welke bepalingen volledig eenvormig zijn en dus aan lidstaten elke bevoegdheid ontnemen om hogere normen te handhaven. Hij nuanceert dit voorstel echter meteen en verduidelijkt dat elke beperking in het EU-secundair recht inzake de bevoegdheid voor lidstaten om hogere normen te handhaven of vast te stellen, de mensenrechtenverplichtingen van de EU, zoals neergelegd in het EU-primair recht, niet mag schenden.<sup>1694</sup>

Het Hof van Justitie heeft er reeds verschillende malen aan herinnerd dat bepalingen uit de EU-richtlijnen moeten worden uitgelegd en toegepast in overeenstemming met de relevante grondrechten uit het Handvest en bepalingen uit het EVRM of andere internationale verdragen. Bestaande mensenrechtelijke verplichtingen die verder gaan dan wordt bepaald in deze richtlijnen (alsook de recente evoluties in deze mensenrechtelijke verplichtingen), maken dat lidstaten een mogelijkheid moeten hebben om gunstigere bepalingen te handhaven of vast te stellen. Onder meer Kwalificatierichtlijn 2011 stelt dan ook: *“De lidstaten moeten ten aanzien van onderdanen van derde landen of staatlozen die om internationale bescherming van een lidstaat verzoeken, gunstigere bepalingen dan de in deze richtlijn vastgestelde normen kunnen treffen of in stand houden (...).”*<sup>1695</sup> Er kan worden gesteld dat in dit geval de verenigbaarheidsclausules buiten toepassing moeten worden gelaten.

681. De uitdrukkelijke mogelijkheid tot het handhaven of vaststellen van gunstigere bepalingen impliceert derhalve dat de lidstaten in beginsel verder kunnen gaan dan de minimum- of gemeenschappelijke normen die de EU reeds heeft vastgelegd. Dit kan dan ook aanleiding geven tot uiteenlopende toepassingen en praktijken inzake de bijkomende bescherming in lidstaten, zoals verder zal blijken.

---

<sup>1693</sup> S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 308-309.

<sup>1694</sup> S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 309.

<sup>1695</sup> Overweging nr. 14 Preamble Richtl. 2011/95/EU.

## **§ 6. De impliciete en expliciete mogelijkheid tot nationale bijkomende bescherming**

682. Uit een lezing van de relevante EU-regelgeving alsook uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat er zowel impliciet als expliciet wordt aanvaard dat lidstaten aan vreemdelingen een andere bescherming kunnen toekennen, die geen verband houdt met de EU-regelgeving inzake de EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten en -mechanismen, en dit op een soevereine basis, omwille van mededogen, schrijnende gevallen, humanitaire gronden of andere redenen. Ondanks de ambities die de EU koestert t.a.v. een harmonisatie van de asiel- en migratiewetgeving, blijft de EU toch een bepaalde soevereine bevoegdheid aan de lidstaten garanderen, zodat deze lidstaten op basis van hun prerogatief inzake de migratiecontrole, in het licht van humanitaire en/of mensenrechtelijke gronden, desgevallend een verdere bijkomende bescherming aan derdelanders kunnen toekennen.

683. Uit een lezing van de Kwalificatierichtlijn 2011 blijkt dat de Unie zich bewust is van beschermingsnoden die niet door de richtlijn worden gedekt. De Kwalificatierichtlijn 2011 maakt duidelijk dat andere, niet onder deze richtlijn vallende bescherming (en dus nationale bescherming) afzonderlijk kan worden verzocht en toegekend<sup>1696</sup> en dat lidstaten, op soevereine en discretionaire basis, kunnen beslissen dat derdelanders op het grondgebied van een lidstaat mogen blijven om redenen die geen verband houden met een behoefte aan internationale bescherming, maar uit mededogen of op humanitaire gronden.<sup>1697</sup>

In de zaak *B. en D.* diende het Hof te oordelen of het in de zin van artikel 3 van de Kwalificatierichtlijn 2004, dat voorziet in de mogelijkheid om gunstigere bepalingen te handhaven, verenigbaar is dat een lidstaat op grond van zijn constitutioneel recht asiel verleent aan een persoon die op grond van de richtlijn wordt uitgesloten van de vluchtelingenstatus.<sup>1698</sup> Het Hof wees op het doel van de in de richtlijn geformuleerde uitsluitingsgronden, namelijk de geloofwaardigheid van het door de richtlijn met inachtneming van het Verdrag van Genève ingevoerde beschermingsstelsel te handhaven. Volgens het Hof staat de verenigbaarheidsclausule in artikel 3 van de richtlijn in de weg van de mogelijkheid dat een lidstaat bepalingen vaststelt of handhaaft op grond waarvan de in de richtlijn bepaalde vluchtelingenstatus wordt toegekend aan een persoon die op grond van deze richtlijn van die status is uitgesloten.

Het Hof merkte echter verder op dat artikel 2 (g) Kwalificatierichtlijn 2004 niet verhindert dat een vreemdeling verzoekt om een 'andere', niet onder de werkingssfeer van de richtlijn vallende 'bescherming'. Volgens het Hof gaat de richtlijn, net zoals het VN-Vluchtelingenverdrag, uit van het beginsel dat de lidstaat van ontvangst, in overeenstemming met het nationaal recht, een nationale bescherming kan verlenen die gepaard gaat met rechten die uitgesloten vluchtelingen toestaan om op het grondgebied te verblijven. Advocaat-generaal Mengozzi verduidelijkte in zijn conclusie dat evenmin als het VN-Vluchtelingenverdrag echter de lidstaten verplicht bijzondere maatregelen te treffen ten aanzien van uitgesloten aanvragers, verbiedt het de lidstaten om die personen de bescherming te verlenen die eventueel in het nationaal asielrecht is voorzien. Ook uit de richtlijn kan een dergelijk verbod niet worden afgeleid, volgens de advocaat-generaal.<sup>1699</sup>

De toekenning door een lidstaat van een dergelijke nationale beschermingsstatus om andere redenen dan de behoefte aan internationale bescherming zoals omschreven in artikel 2 (a)

---

<sup>1696</sup> Art. 2 (h) Richtl. 2011/95/EU.

<sup>1697</sup> Overweging nr. 15 Preamble Richtl. 2011/95/EU.

<sup>1698</sup> HvJ 9 november 2010, gevoegde zaken nrs. C-57/09 en C-101/09, *B en D.*, ro. 112-121

<sup>1699</sup> Zie conclusie van advocaat-generaal Mengozzi van 1 juni 2010 in de gevoegde zaken nrs. C-57/09 en C-101/09, *B. en D.*, par. 103.

Kwalificatierichtlijn 2004, namelijk op discretionaire basis, uit mededogen of op humanitaire gronden, valt niet binnen de werkingssfeer van de richtlijn, zoals in overweging 9 van de preambule van de richtlijn wordt verklaard. Deze andere bescherming die de lidstaten kunnen verlenen, mag echter niet worden verward met de vluchtelingenstatus in de zin van de richtlijn. Het Hof besloot dat voor zover de nationale normen die voorzien in asielrecht voor personen die van de vluchtelingenstatus in de zin van de richtlijn zijn uitgesloten, een duidelijk onderscheid tussen de nationale bescherming en de uit hoofde van de richtlijn verleende bescherming mogelijk maken, zij dus geen inbreuk plegen op de bij de richtlijn ingevoerde regeling.

Het Hof concludeerde dat artikel 3 van de Kwalificatierichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat de lidstaten op grond van hun nationaal recht asiel kunnen verlenen aan een persoon die op grond van de richtlijn van de vluchtelingenstatus is uitgesloten, voor zover deze andere bescherming niet kan worden verward met de vluchtelingenstatus in de zin van de richtlijn. Belangrijk is wat advocaat-generaal Mengozzi hieromtrent verder verduidelijkte in zijn conclusie. Hij meende dat het met de uitsluitingsgronden nagestreefde doel om de geloofwaardigheid van het stelsel van de internationale bescherming van vluchtelingen te behouden, in gevaar zou worden gebracht indien de aldus verleende nationale bescherming twijfel over de rechtsgrondslag ervan zou doen ontstaan en de indruk zou wekken dat de betrokken persoon de vluchtelingenstatus heeft in de zin van het Verdrag of de richtlijn. Derhalve dient, volgens advocaat Mengozzi, de lidstaat die op basis van de bepalingen van zijn eigen rechtsorde asiel wil verlenen aan personen die van de vluchtelingenstatus zijn uitgesloten volgens de richtlijn, de maatregelen te treffen op grond waarvan die bescherming duidelijk kan worden onderscheiden van de op basis van de richtlijn verleende bescherming, niet zozeer met betrekking tot de inhoud ervan – waarvan de bepaling naar zijn oordeel een aangelegenheid van de betrokken lidstaat blijft – maar wat betreft de kans op verwarring omtrent de rechtsgrondslag voor de bescherming.<sup>1700</sup> Essentieel is dus dat de eventuele nationale bijkomende bescherming die wordt verleend geen verwarring schept m.b.t. de EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten, met name dat de rechtsgrondslag van een nationale bijkomende bescherming duidelijk kan worden onderscheiden van de rechtsgrondslag van een EU-geharmoniseerde beschermingsstatus. Dat de nationale bijkomende bescherming qua inhoud van de verleende bescherming zou gelijk lopen met de inhoud van de verleende bescherming verleend in het kader van een EU-geharmoniseerde beschermingsstatus is in deze niet relevant. Het komt de lidstaten dan ook toe om soeverein de draagwijdte van de verleende nationale bijkomende bescherming te bepalen alsook de procedures te bepalen die toegang geven tot de nationale bijkomende bescherming.

Het toekennen van verblijfsmachtiging aan een vreemdeling in toepassing van artikel 3 EVRM omwille van het bestaan van een ernstige ziekte, werd door advocaat-generaal Bot eveneens aangeduid als een ‘andere’, niet onder de werkingssfeer van de Kwalificatierichtlijn vallende ‘bescherming’. Deze bescherming wordt ingegeven door een eerbiediging van artikel 3 EVRM en artikelen 4 en 19 van het Handvest, in een situatie waarbij de uitvoering van de verwijderingsmaatregel in combinatie met een gebrek aan adequate medische behandeling in het land van herkomst, een onmenselijke behandeling kan uitmaken. Deze bescherming mag, zoals reeds vermeld, echter niet als een vorm van subsidiaire bescherming worden beschouwd wegens niet verenigbaar met het doel en finaliteit de Kwalificatierichtlijn.<sup>1701</sup>

684. Zoals reeds werd opgemerkt, moedigt de Terugkeerrichtlijn lidstaten aan om een regeling te treffen voor illegaal verblijvende derdelanders die nog niet kunnen worden

---

<sup>1700</sup> Zie conclusie van advocaat-generaal Mengozzi van 1 juni 2010 in de gevoegde zaken nrs. C-57/09 en C-101/09, *B. en D.*, par. 105.

<sup>1701</sup> HvJ 17 juli 2014, conclusies van advocaat-generaal Bot in zaak nr. C-542/13, *M'Bodj*, par. 60-61 en 66-70.

uitgezet.<sup>1702</sup> Het laat lidstaten uitdrukkelijk toe om te allen tijde in schrijnende gevallen, om humanitaire of om andere redenen, te beslissen om een derdelander die illegaal op hun grondgebied verblijft een zelfstandige verblijfsvergunning of een andere vorm van toestemming tot verblijf te geven.<sup>1703</sup>

Daarbij moet opgemerkt worden dat in het oorspronkelijke Commissievoorstel deze paragraaf verbonden was aan een voorafgaande paragraaf die de lidstaten verbood om een terugkeerbesluit uit te vaardigen wanneer het recht op non-refoulement, het recht op onderwijs of het recht op de eenheid van het gezin in het gedrang kwam. Zo reikte het COM-voorstel een meer duurzame oplossing aan voor derdelanders die niet verwijderd kunnen worden, meer bepaald de regularisatie van hun verblijf. Dit onderdeel van het Commissievoorstel werd echter niet aanvaard door de lidstaten.<sup>1704</sup>

685. Inzake de Gezinsherenigingsrichtlijn oordeelde het Hof dat de bepalingen die afwijkingen of uitzonderingen voorzien op de subjectieve rechten neergelegd in artikel 4, lid 1, in wezen niet meer doen dan de beoordelingsmarge van de lidstaten gedeeltelijk te handhaven. Tevens onderstreept het Hof dat binnen deze beoordelingsmarge, de lidstaten krachtens artikel 8 EVRM gehouden zijn om in iedere feitelijke situatie de betrokken belangen dienen af te wegen.<sup>1705</sup> Het uitsluiten van een persoon uit een land waar zijn naaste verwanten wonen, kan een inmenging zijn in het recht op de eerbiediging van het gezinsleven. De daadwerkelijke eerbiediging van het gezinsleven kan in zulke gevallen dan negatieve verplichtingen met zich brengen, m.n. het niet verwijderen, alsook positieve verplichtingen, m.n. de verplichting een persoon te laten op het grondgebied en er te laten verblijven.

Tevens heeft het Hof van Justitie herhaaldelijk onderlijnd dat wanneer een bepaalde situatie, in casu waar een nood aan bijkomende bescherming geldt die niet binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt, de nationale bestuursoverheden en rechterlijke instanties nog steeds gehouden zijn deze situatie te onderzoeken en te beoordelen in het licht van de relevante internationale minimumverplichtingen zoals het EVRM.<sup>1706</sup> Zo kan een bepaalde situatie die wordt beoordeeld vanuit artikel 8 van het EVRM negatieve verplichtingen met zich brengen, m.n. het niet verwijderen, alsook positieve verplichtingen, m.n. de verplichting een persoon te laten op het grondgebied en er te laten verblijven.

## **§ 7. Leemten in de EU-harmonisatie versus de nationale mogelijkheden voor lidstaten**

686. De bespreking van de Unierechtelijke harmoniserende standaarden voor bijkomende bescherming maakt duidelijk dat bepaalde bijkomende beschermingsnoden slechts minimaal, gedeeltelijk, beperkt of geheel niet worden beantwoord.

Een gebrek aan politieke wil om een volledige harmonisatie tot stand te brengen, alsook een gebrek aan consensus over de (hogere) graad van bescherming die kan worden verleend, vormt daarvoor een verklaring. In de huidige stand van zaken in het Unierecht is er dan ook nog geen sprake van een volledige harmonisatie van het Europees asiel- en immigratiebeleid waarbij alle mogelijke bijkomende beschermingsnoden worden gedekt en kunnen er dus leemten worden gedetecteerd. Waar bijkomende beschermingsnoden niet of niet afdoende worden beantwoord vanuit het Unierecht, blijven de eventueel geldende internationale minimumstandaarden inzake de bijkomende bescherming onverkort gelden en kunnen zij een

---

<sup>1702</sup> Overweging nr. 12 Preamble Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1703</sup> Art. 6, lid 4, Richtl. 2008/115/EG.

<sup>1704</sup> Zie Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, 1 september 2005, COM(2005) 391 definitief, 15.

<sup>1705</sup> HvJ 27 juni 2006, nr. C-540/03, *Parlement v. Raad*, par. 59 en 62.

<sup>1706</sup> Zie in deze zin HvJ 15 november 2011, C-256/11, *Dereci*, ro. 72.



terugvalbasis vormen die door de lidstaten moet worden gewaarborgd. Voorts zoeken de lidstaten ook hun heil in de nationale wetgeving en het beleid.

In die zin lijken lidstaten zeer bewust de mogelijkheden van een gedeelde bevoegdheidstoedeling in asiel en migratie te hebben aangewend. Zo is de optie om gunstigere bepalingen te handhaven, ook na de herschikking van bepaalde richtlijnen, een duidelijke aanwijzing dat de goedgekeurde EU-normen in wezen nog steeds als 'minimum'-normen worden ervaren. Daarnaast is er de vaststelling dat de betrokken EU-regelgeving impliciet en expliciet nog steeds een zekere beleidsruimte voorziet voor de lidstaten om de eigen nationale bijkomende beschermingsstatuten, bijvoorbeeld omwille van humanitaire redenen of vanuit mededogen, te hanteren. Dit betekent dat de lidstaten zich, naast een bepaalde mate van EU-harmonisatie, zich eveneens willen verzekeren van een eigen beleidsruimte inzake het verlenen van bijkomende bescherming, die zij soeverein en discretionair kunnen invullen.

Onder invloed van de internationale minimumstandaarden, vanuit de vastgestelde lacunes op EU-niveau en vanuit humanitaire redenen of redenen van migratiebeheer, wenden lidstaten dan ook de hun nog resterende soevereine bevoegdheid in deze materie aan, zoals in het volgende Deel 2 zal blijken.



## **DEEL 2: NATIONALE ANTWOORDEN OP BIJKOMENDE BESCHERMINGSNODEN IN DE EU LIDSTATEN**

687. De aanwezigheid van nationale bijkomende beschermingsstatuten in de EU-lidstaten vormt een duidelijke aanwijzing dat de reeds voltrokken EU-harmonisatie (nog) niet helemaal een antwoord biedt op mogelijke bijkomende beschermingsnoden. De bewerkstelligde EU harmonisatie dekt niet alle situaties die in het oog van lidstaten wel de toekenning van bijkomende bescherming rechtvaardigen. Nationale antwoorden op bijkomende beschermingsnoden vinden hun grond in internationale minimumbeschermingsstandaarden die nog geen voorwerp zijn geweest van EU-harmonisatie, en die nog steeds doorwerken op nationaal niveau. Deze standaarden werden door de nationale rechtbanken verder ingevuld en ontwikkeld. Op nationaal niveau spelen bovendien ook constitutionele grondrechten (bijvoorbeeld het recht op menselijke waardigheid, het belang van het kind) en humanitaire overwegingen een grote rol in de ontwikkeling van de nationale beschermingsstatuten als antwoord op bijkomende beschermingsnoden.

Lidstaten integreerden al deze elementen in hun verblijfswetgeving en -beleid. Naast het handhaven van de reeds bestaande nationale bijkomende beschermingsstatuten, werden eveneens nieuwe standaarden van bescherming geïmplementeerd door, onder meer, de verbetering van procedures en de introducties van nieuwe bijkomende beschermingsstatuten. In tegenstelling tot EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten, beschikken lidstaten hier over een ruime soevereine beleidsvrijheid, met betrekking tot de formulering van kwalificatiecriteria, het voorzien van een procedure, het voorzien van een verblijfsstatus en de inhoud van de rechten die aan die verblijfsstatus worden gekoppeld.



## Hoofdstuk 1. De *status questionis* omtrent nationale bijkomende bescherming in de EU lidstaten

### Afdeling 1. Algemene vaststellingen m.b.t. het bestaan en het hanteren van nationale bijkomende beschermingsstatuten en -praktijken in de EU-lidstaten

688. Naar aanleiding van haar Asielbeleidsplan, gepubliceerd in 2008, stelde de Europese Commissie een hoeveelheid en verscheidenheid van nationale bijkomende beschermingsstatuten in de lidstaten vast:

*“Een analyse van de beschikbare statistische gegevens wijst uit dat er sprake is van drie belangrijke trends. Deze trends en hun implicaties voor toekomstige ontwikkelingen van het asielbeleid worden nader geanalyseerd in de effectbeoordeling die bij dit beleidsplan is gevoegd.*

*(...)*

*Ten derde: uit analyse van positieve beslissingen blijkt dat een steeds groter percentage van de aanvragers subsidiaire bescherming of een andere beschermde status wordt verleend op grond van nationaal recht, in plaats van de vluchtelingenstatus overeenkomstig het Verdrag van Genève. Dit komt waarschijnlijk doordat steeds meer van de actuele conflicten en vervolgingen niet onder dit verdrag vallen.”* <sup>1707</sup>

Deze vaststelling werd onderbouwd in een begeleidende ‘impact assessment’: *“2.1.2.5. Increasingly, people are seeking protection for reasons not foreseen in the traditional refugee regime, i.e. in the Geneva Convention and its Protocol, and are receiving protection statuses with lower guarantees. A development to be stressed in the trends on positive asylum decisions between 2003 and 2006 is an ever-growing percentage of them granting subsidiary protection or other forms of protection based on national laws: the share of positive decisions under the Geneva Convention did not change significantly (5.09% vs 7%) specially when considering that the percentage of positive decisions granting subsidiary or other forms of protection more than tripled in the years concerned (from 4.57% in 2003 to 15.24% in 2006). On the one hand, this trend can be partly explained by a growing mismatch between the nature of demand for protection and the criteria of the Geneva Convention: The drafters of the Convention had certain types of persecutions in mind, while today's refugees flee from newer forms of persecutions and conflicts not covered by the Convention. On the other hand, this depends on the fact that Member States have developed additional or subsidiary forms of protection so as to give asylum-seekers proper protection where they are not covered by the Geneva Convention but still need protection.”*<sup>1708</sup> De Europese Commissie besloot dan ook: *“Het wordt tijdens de tweede fase van het CEAS dan ook belangrijk om bijzondere aandacht te besteden aan subsidiaire en andere vormen van bescherming,”* en *“Tenslotte zal er onderzoek worden gedaan naar de mogelijkheid om nationale soorten beschermingsstatus die momenteel niet onder de EU-regeling inzake internationale bescherming vallen, onderling aan te passen.”*<sup>1709</sup>

---

<sup>1707</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's inzake een “Asielbeleidsplan: een geïntegreerde aanpak van bescherming in de hele EU” van 17 juni 2008, COM(2008) 360 definitief, 3.

<sup>1708</sup> Commission Staff working document accompanying the Communication regarding a policy plan on asylum: an integrated approach to protection across the EU, Impact assessment, SEC(2008) 2029/2, 12.

<sup>1709</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's inzake een “Asielbeleidsplan: een geïntegreerde aanpak van bescherming in de hele EU” van 17 juni 2008, COM(2008) 360 definitief, 3 en 6.

689. Ter voorbereiding van deze studie werd een beroep gedaan op de nationale contactpunten van de lidstaten bij het Europees Migratienetwerk om onderzoek te verrichten naar de wetgeving en praktijk van de nationale bijkomende beschermingsstatuten in de lidstaten.

23 lidstaten<sup>1710</sup> dienden nationale rapporten in, op basis waarvan een vergelijkende analyse werd ondernomen door het Europees Migratienetwerk (hierna: EMN), die een stand van zaken weergeeft tot en met half 2010.<sup>1711</sup> Daaruit bleek dat 22 lidstaten in totaal een 60-tal verschillende nationale beschermingsstatuten toepasten op basis van een 15-tal verschillende beschermingsgronden, wat de verscheidenheid en complexiteit van het gebruik van nationale bijkomende beschermingsstatuten onderstreept. Er werd voorts ook een betekenisvolle verscheidenheid vastgesteld tussen de lidstaten voor wat betreft de procedures die toegang geven tot deze nationale bijkomende beschermingsstatuten en de inhoud van de toegekende bescherming, in het bijzonder inzake verblijfsrechten, materiële rechten en de duur van het toegekende verblijf. De beschermingsstandaarden die worden voorzien door de nationale beschermingsstatuten zijn merkwaardig genoeg in sommige gevallen van een hoger niveau dan wat wordt vereist door de EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten, en in andere gevallen van een gelijkaardig niveau.

In het EMN-syntheserapport wordt erop gewezen dat vele nationale bijkomende beschermingsstatuten reeds bestonden vóór met de inwerkingtreden van het EU-asiel- en migratieacquis. De inwerkingtreding van dit EU-acquis had tot gevolg dat sommige nationale bijkomende beschermingsstatuten werden gewijzigd of vervangen door EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten. In andere gevallen, waar het EU-acquis de bestaande nationale bijkomende beschermingsstatuten niet overlapte of daar niet op van toepassing was, bestond er geen nood om deze nationale bijkomende beschermingsstatuten aan te passen aan het EU-acquis. Bijgevolg blijven deze nationale bijkomende beschermingsstatuten gehandhaafd. De nationale bijkomende beschermingsstatuten die reeds bestonden voor de inwerkingtreding van het EU-acquis kunnen in vele gevallen verklaard worden vanuit een specifieke historische context. Zo lijkt de praktijk van het toekennen van tijdelijke bescherming vaak historische of culturele banden te weerspiegelen tussen lidstaten en derde landen. In andere lidstaten werden nationale bijkomende beschermingsstatuten ontwikkeld nadat het EU-acquis werd geïmplementeerd en dit om tegemoet te komen aan specifieke beschermingsnoden of specifieke situaties die niet worden gedekt door het EU-acquis.

De gronden, procedures en rechten die verband houden met de nationale bijkomende beschermingsstatuten dienen, volgens het EMN-syntheserapport, dan ook te worden begrepen binnen deze historische en contextuele kaders waarin de nationale bijkomende beschermingsstatuten werden ontwikkeld.<sup>1712</sup>

686. Dit syntheserapport maakte een vergelijking tussen de EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten verleend door de lidstaten, enerzijds, en de niet-EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten verleend door de lidstaten, anderzijds.

---

<sup>1710</sup> Zie voor het Belgisch nationaal rapport: M. MAES, D. VANHEULE en M.-C. FOBLETS, *EU and Non-EU Harmonised Protection Statutes in Belgium: Belgium National Report*, Study made for the Belgian National Contact Point to the European Migration Network, <http://emn.intrasoft-intl.com/html/index.html>, december 2009, 122 p.

<sup>1711</sup> EUROPEAN MIGRATION NETWORK, *The Different National Practices Concerning Granting of Non-EU Harmonised Protection Statutes*, [http://www.sisekaitse.ee/public/ERV/synthesis\\_reports/0\\_EMN\\_Synthesis\\_Report\\_NonEUharmonised\\_FinalVersion\\_January2011.pdf](http://www.sisekaitse.ee/public/ERV/synthesis_reports/0_EMN_Synthesis_Report_NonEUharmonised_FinalVersion_January2011.pdf), december 2010, 110 p.

<sup>1712</sup> EUROPEAN MIGRATION NETWORK, *The Different National Practices Concerning Granting of Non-EU Harmonised Protection Statutes*, *supra* noot 1711, 105-106

Voor wat betreft de niet-EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten, maakte het EMN een onderscheid tussen volgende nationale beschermingsstatuten:

1. Het verlenen van de vluchtelingenstatus, tijdelijke bescherming en/of subsidiaire bescherming op gronden die een uitbreiding houden van de gronden voorzien in de richtlijn Tijdelijke Bescherming en de Kwalificatierichtlijn of op gronden die niet worden gedekt door de richtlijn Tijdelijke Bescherming, noch door de Kwalificatierichtlijn 2004. Voorbeelden hiervan zijn het traumatabeleid en het categoriaal beschermingsbeleid die in Nederland worden gehanteerd (zie infra). Andere gronden houden verband met humanitaire redenen, de bedreiging van de mensenrechten en fundamentele vrijheden, natuurrampen, gezinshereniging of met de vitale belangen van de betrokken lidstaat. Ondanks het hanteren van nationale gronden, zijn de procedures die toegang geven tot deze beschermingsstatuten en de inhoud van de verleende beschermingsstatuten evenwel in lijn met degene die van toepassing zijn op de EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten.
2. Het verlenen van nationale beschermingsstatuten die consistent zijn met het VN-Vluchtelingenverdrag en/of het relevante EU-asielacquis. Deze categorie heeft betrekking op beschermingsstatuten die dicht aanleunen bij het concept van bescherming zoals dit wordt toegepast in het VN-Vluchtelingenverdrag en/of het EU-asielacquis. Met name wordt de bescherming in hoofdzaak verleend op basis van een beoordeling van de situatie van een individu toen deze zijn land van herkomst is ontvlucht. Deze beoordeling wordt veelal gemaakt in het verlengde van een asielprocedure. Hier kan een onderscheid gemaakt worden tussen:
  - a. Nationale tijdelijke beschermingsstatuten, bijvoorbeeld wegens interne conflicten, mensenrechtenschendingen, milieurampen of groepsvervolging in een land van herkomst.
  - b. Uitzonderlijke verblijfsvergunningen verleend op basis van internationale verdragen.
  - c. Nationale beschermingsstatuten verleend op basis van humanitaire gronden, bijvoorbeeld wegens de situatie in een land van herkomst, zoals oorlog, wijdverspreid geweld, ernstige mensenrechtenschendingen of een natuurramp, enerzijds, of wegens medische gronden, de socio-psychologische gevolgen van de terugkeer, de minderjarigheid van de betrokkene, de hoogbejaardheid van de betrokkene, wegens huiselijk geweld, gendergerelateerd geweld, wegens verzwarende omstandigheden inzake racisme, antisemitisme of andere vormen van discriminatie, wegens arbeidsgelateerde uitbuiting, anderzijds. Andere humanitaire gronden zijn de lengte van de duur van de asielprocedure, de beëindiging van een schooljaar of opleiding, een voorgenomen huwelijk, het bijwonen van begrafenis en rechtszaken, enz.
  - d. Verblijfsvergunningen verleend op basis van humanitaire gronden die verleend worden aan vreemdelingen die kunnen bewijzen dat de terugkeer naar hun land van herkomst om een visum aan te vragen een risico inhoudt voor hun veiligheid en die van hun gezinsleden.
3. Het verlenen van nationale bijkomende beschermingsstatuten hoofdzakelijk op grond van het non-refoulementbeginsel neergelegd in het VN-Vluchtelingenverdrag en/of het EVRM en/of die verband houden met andere factoren, bijvoorbeeld van technische of procedurele aard, die de verwijdering van de vreemdeling onmogelijk

maken. Voorbeelden hiervan zijn de nationale beschermingsstatuten die worden verleend:

- a. Omwille van medische gronden;
  - b. omwille van gezinsredenen;
  - c. met betrekking tot niet-begeleide minderjarige vreemdelingen; en
  - d. met betrekking tot staatlozen.
  - e. Voorts zijn er ook nog beschermingsstatuten die verband houden met een gedoogstatus of een uitstel van verwijdering, bijvoorbeeld omwille van schoolgaande kinderen, een voorgenomen huwelijk, een besluitmoratorium, technische redenen (bijvoorbeeld geen paspoort of laissez-passer), (klemmende) humanitaire redenen, de onmogelijkheid om te vertrekken buiten eigen schuld, zoals in het geval van uitgesloten vluchtelingen, enz.
4. Het verlenen van andere beschermingsstatuten of verblijfsvergunningen, op grond van een verscheidenheid aan redenen die voornamelijk verband houden met de situatie van de vreemdeling op het moment dat de gedwongen verwijdering van deze vreemdeling imminent wordt. Dit gebeurt buiten de asielprocedure om en als onderdeel van een beheerd migratiebeleid. De gronden waarop deze andere statuten worden verleend hebben betrekking tot de situatie van een vreemdeling op het tijdstip dat een (gedwongen) verwijdering van een lidstaat imminent wordt. Hieronder worden begrepen de beschermingsstatuten verleend aan
- a. de slachtoffers van mensenhandel;
  - b. aan getuigen in strafzaken;
  - c. op grond van een 'nationaal belang';
  - d. aan de slachtoffers van specifieke overtredingen zoals racisme, huiselijk geweld, enz.;
  - e. aan slachtoffers van natuurrampen; en
  - f. daarnaast kan ook verblijf toegekend worden op basis van de discretionaire bevoegdheid van de bevoegde minister.

690. Deze vergelijkende analyse toont aan dat de bijkomende beschermingsstatuten op nationaal niveau in wezen worden verleend omwille van drie hoofdredenen die aan het begin van dit proefschrift werden geïdentificeerd, met name:

- De situatie in het land van herkomst verhindert de verwijdering, bijvoorbeeld wanneer er sprake is van een ernstige veiligheidssituatie, van mensenrechtenschendingen, van extreme humanitaire omstandigheden of natuurrampen of van medische gronden.
- De situatie van de vreemdeling in het opvangland verhindert de verwijdering, bijvoorbeeld omwille van medische gronden, van gezinsredenen die al dan niet verband houden met een mogelijke schending van artikel 8 EVRM, van schoolgaande kinderen of staatlozen, en van humanitaire of technische redenen die terugkeer onmogelijk maken.
- De kwetsbaarheid van een vreemdeling, met name wanneer er sprake is van niet-begeleide minderjarigen, slachtoffers van mensenhandel, getuigen in strafzaken, en slachtoffers van bepaalde misdrijven die verband houden met racisme-, gender- of arbeidsgerelateerde uitbuiting.



691. In het EMN-syntheserapport wordt voorts vastgesteld dat er verschillende visies op bescherming aan de grondslag liggen van de nationale bijkomende beschermingsstatuten.<sup>1713</sup>

Een eerste visie op bescherming vloeit voort uit een zgn. ‘*mismatch*’ tussen de aard van de vraag naar bescherming, enerzijds, en de criteria die worden vastgesteld in het VN-Vluchtelingenverdrag en het EU-acquis, anderzijds. Het doel van de nationale bijkomende beschermingsstatuten is dan ook om specifiek die beschermingsnoden van asielzoekers te dekken die niet worden beantwoord door de EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten. Het onderzoek naar eventuele bijkomende beschermingsnoden heeft dan plaats op hetzelfde tijdstip als, of na, het onderzoek naar de nood aan een vluchtelingenstatus of subsidiaire beschermingsstatus, en dus niet op het moment dat een verwijderingsmaatregel wordt bevolen. Met andere woorden, er wordt een (quasi-)ambtshalve onderzoek gevoerd naar de nood aan bijkomende bescherming tijdens of na de asielprocedure met het doel om preventief in te spelen op mogelijke uitzettingsbeletsels.

De gronden voor het toekennen van bijkomende bescherming houden in sommige gevallen verband met de situatie in het land van herkomst, zoals nieuwe vormen van conflicten en vervolging, veralgemeend geweld, ernstige onveiligheidssituaties als gevolg van een gewapend conflict of mensenrechtenschendingen, ernstige humanitaire redenen die terugkeer naar het land van herkomst verhinderen, of bepaalde risico's voor het leven of vrijheid bij terugkeer. In andere gevallen hebben de gronden voor het toekennen van bijkomende bescherming betrekking op de situatie van een individu bij de binnenkomst in een lidstaat, zoals medische gronden, gezinsredenen al dan niet verbonden met een mogelijke schending van artikel 8 EVRM of situaties waarin niet kan worden overgegaan tot de gedwongen verwijdering van illegaal verblijvende vreemdelingen wegens technische, procedurele of humanitaire redenen. Hieruit blijkt dat sommige lidstaten bijkomende bescherming nodig achten om het concept van internationale bescherming meer inclusief, meer flexibel en al dan niet meer discretionair te maken dan zoals het gekend is in en voorzien is door het VN-Vluchtelingenverdrag en het EU-acquis. Daarbij wordt getracht om eenzelfde niveau van bescherming te verlenen als voorzien in het EU-acquis.

Een tweede visie op bescherming vloeit voort uit de nationale praktijk van het toekennen van verblijfsvergunningen om bescherming te verlenen. De auteurs van het EMN-syntheserapport waren niet zeker of het toekennen van verblijfsvergunningen als ‘bescherming’ kon worden aangemerkt, gezien het conceptueel kader dat wordt gehanteerd in het VN-Vluchtelingenverdrag en het EU-asielacquis. Immers, het onderzoek naar en de beslissing of een vreemdeling nood heeft aan bijkomende bescherming vindt in dit concept van bescherming plaats buiten de asielprocedure. Dit heeft gevolgen voor de procedurele waarborgen: wat geldt tijdens de asielprocedure, geldt niet noodzakelijk buiten de asielprocedure. De inhoud van de verleende bescherming en de duur van het toegekende verblijf verschillen voorts aanzienlijk van wat wordt voorzien in het EU-acquis. Vaak zijn de toegekende materiële rechten minder of beperkter van aard. Tenslotte komen niet enkel uitgeprocedeerde asielzoekers in aanmerking voor dit type van bijkomende bescherming, maar een hele brede groep (al dan niet illegaal verblijvende) vreemdelingen kan beroep doen op dit type van bijkomende bescherming. Het EMN-syntheserapport besluit dan ook dat dit type van bescherming in hoofdorde onderdeel uitmaakt van een beheerd migratiebeleid en niet noodzakelijk een vorm is van internationale bescherming, zoals begrepen in het EU-acquis.

---

<sup>1713</sup> EUROPEAN MIGRATION NETWORK, *The Different National Practices Concerning Granting of Non-EU Harmonised Protection Statuses*, supra noot 1711, 108-110.



## Afdeling 2. Korte illustratie van de nationale bijkomende beschermingsstatuten in België, Nederland en het Verenigd Koninkrijk

692. Ter aanvulling van de hierboven besproken algemene vaststellingen m.b.t. het bestaan en het hanteren van nationale bijkomende beschermingsstatuten- en praktijken in de EU-lidstaten, is het aangewezen om de concrete toepassing van de nationale bijkomende beschermingsstatuten in een aantal lidstaten nader te bekijken. Het is niet de bedoeling om in dit proefschrift een volledig en alomvattend rechtsvergelijkend onderzoek te voeren naar de nationale bijkomende beschermingsstatuten in bepaalde EU-lidstaten. Het is wel de bedoeling om een concrete en zo actueel mogelijke illustratie te geven van een beperkt aantal praktijken op nationaal niveau in de EU, om zo meer inzicht te verwerven in het gebruik van nationale bijkomende beschermingsstatuten dan wat het hierboven besproken synthese rapport van het EMN ons kan leren.

Naast een bespreking van de nationale bijkomende beschermingsstatuten in België, zal dit proefschrift ook het gebruik van nationale bijkomende beschermingsstatuten in Nederland en het Verenigd Koninkrijk illustreren. Deze laatste twee lidstaten worden in het bijzonder gekozen omwille van hun uitgebreide wetgeving m.b.t. nationale bijkomende beschermingsstatuten en de procedurele benadering ervan. Het doel van deze illustratie is om de dynamiek tussen de EU-harmonisatie enerzijds, en de nationale bijkomende bescherming, anderzijds, beter begrijpen.

## **§ 1. België**

693. Beschermingsstatuten voor vreemdelingen zijn zowel in het Belgische asielbeleid als in het migratie- en terugkeerbeleid terug te vinden.

Het *Belgische asielbeleid* omhelst in principe drie EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten: de EU-tijdelijke bescherming, het vluchtelingenstatuut en de subsidiaire bescherming. De Vreemdelingenwet voorziet geen andere asielgronden die leiden tot een beschermingsstatuut. Het CGVS zal in bepaalde gevallen wel advies verlenen m.b.t. de specifieke situatie van een asielzoeker die wordt uitgesloten van of geen toegang krijgt tot een EU-geharmoniseerd beschermingsstatuut. Op eigen initiatief zal het CGVS bij een weigeringsbeslissing ook een humanitaire clausule invoegen die de aandacht vestigt van de Minister op de kwetsbare situatie van een afgewezen asielzoeker. In andere gevallen kunnen beleidsmaatregelen, bijvoorbeeld het schorsen van de behandeling van de asioldossiers, enerzijds, en de schorsing of verlenging van de datum van de uitvoering van bevel om het grondgebied te verlaten voor afgewezen asielzoekers, anderzijds, een zekere bescherming bieden tot duidelijkheid is verkregen over de situatie in het land van herkomst.

In het *Belgische migratiebeleid* zijn een aantal verblijfsstatuten voorzien die bescherming kunnen bieden aan vreemdelingen. Hiervoor moet in beginsel een aanvraag van machtiging tot verblijf worden ingediend. Over de aanvraag wordt discretionair beslist door de bevoegde Minister en de Dienst Vreemdelingenzaken (hierna: DVZ), ook al wordt aan de gestelde voorwaarden voldaan. Een machtiging tot verblijf kan worden verleend omwille van medische gronden, humanitaire gronden alsook aan slachtoffers van mensenhandel en verzwaarde vormen van mensensmokkel, en niet-begeleide minderjarige vreemdelingen. Tenslotte moet melding worden gemaakt van de mogelijkheid tot niet-beëindiging van een verblijfsrecht in een situatie waar sprake is van huiselijk geweld.

In het *Belgische terugkeerbeleid* bestaat de mogelijkheid om een tijdelijk uitstel of de opschorting van de verwijdering aan te vragen. Een tijdelijk uitstel moet worden verleend indien de verwijdering een schending inhoudt van het non-refoulementbeginsel. Een tijdelijk uitstel van de verwijdering kan worden verleend op grond van de specifieke omstandigheden van een individueel geval, bijvoorbeeld de fysieke of mentale gesteldheid van de vreemdeling of omwille technische redenen. Een opschorting van de verwijdering kan worden gevraagd voor schoolgaande kinderen in illegaal verblijf of wegens ziekte, zwangerschap of een voorgenomen huwelijk. In deze gevallen wordt discretionair beslist door de DVZ.

694. Het komt in beginsel aan de vreemdeling toe om, rekening houdend met de motieven voor zijn immigratie naar of illegaal verblijf in België en zijn specifieke situatie, na te gaan op welk beschermings- en verblijfsstatuut hij zich wil beroepen.

Hiermee rust een ernstige verantwoordelijkheid bij de vreemdeling. In de Vreemdelingenwet is er een wisselwerking voorzien tussen verschillende verblijfsstatuten die een bescherming kunnen bieden die de betrachting heeft *“om opeenvolgende procedures die door vreemdelingen op verschillende rechtsgronden worden opgestart, om toch maar een verblijfsvergunning te bekomen, op een juridische wijze te ontmoedigen”*.<sup>1714</sup> Van de vreemdeling wordt verwacht dat hij op voorhand goed weet welke beschermingsmaatregel in

---

<sup>1714</sup> Memorie van toelichting, Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl. St.* Kamer 2005-2006, nr. 51-2478/001, 33-34 en 36.

zijn specifieke situatie het meest aangewezen is, omdat hij de elementen die aan de basis liggen van zijn aanvraag van asiel of verblijf (en dus bescherming) in principe maar één keer kan aanhalen.

Ten eerste moet een vreemdeling er voor zorgen dat hij alle elementen die in een asielpcedure kunnen worden onderzocht, ook daadwerkelijk aanhaalt tijdens de asielpcedure. Ten tweede kan de vreemdeling geen elementen die werden aangehaald ter ondersteuning van een asielaanvraag en die door de asiendiensten werden verworpen, gebruiken ter ondersteuning van een aanvraag van machtiging tot verblijf op basis van humanitaire gronden of medische gronden.<sup>1715</sup> Een uitzondering hierop zijn elementen die verworpen werden door de asiendiensten omdat ze vreemd zijn aan de criteria van het Vluchtelingenverdrag of de subsidiaire bescherming (bijvoorbeeld elementen die wijzen op een zekere band met België<sup>1716</sup>) of omdat de beoordeling ervan niet behoort tot de bevoegdheid van de asiendiensten (bijvoorbeeld medische gronden<sup>1717</sup>). De vreemdeling kan voorts bij een aanvraag van een machtiging tot verblijf geen elementen aanhalen die eigenlijk in de loop van de asielpcedure hadden moeten worden ingeroepen, aangezien ze reeds bestonden en gekend waren voor het einde van deze procedure.<sup>1718</sup> Ten derde kan een vreemdeling geen elementen aanhalen die reeds werden ingeroepen bij andere procedures tot machtiging tot verblijf, bijvoorbeeld kan de vreemdeling geen medische gronden inroepen in het kader van een aanvraag van een machtiging tot verblijf wegens humanitaire gronden.<sup>1719</sup> Tenslotte kan de vreemdeling voorts geen nieuwe aanvraag indienen tot het bekomen van een machtiging tot verblijf op grond van dezelfde bepaling door dezelfde elementen aan te halen (herhaalde aanvragen).<sup>1720</sup>

Zoals uit Hoofdstuk 2 van Deel 2 zal blijken, wijzen een lezing van de Vreemdelingenwet en de praktijk uit dat bepaalde humanitaire verblijfsprocedures toch gecumuleerd kunnen worden, hetzij door humanitaire verblijfsprocedures tegelijkertijd te laten lopen of elkaar te laten opeenvolgen. De theoretische ontmoediging tot het opeenstapelen van humanitaire verblijfsprocedures mist aldus zijn doel.

Wat betreft de mogelijke beletselen voor verwijdering moet worden vastgesteld dat, buiten de situatie waar de verwijdering zal leiden tot een schending van het non-refoulementbeginsel, een tijdelijk uitstel van de verwijdering door de vreemdeling in beginsel zelf moet worden aangevraagd.

695. De bescherming die wordt geboden door België, via formele en informele beschermingsstatuten- en praktijken, komt tegemoet aan de beschermingsnoden verbonden met het land van herkomst of met de situatie van de vreemdeling in België en/of met zijn kwetsbaar profiel. De beschermingsstatuten- en praktijken zijn toegankelijk via verschillende

---

<sup>1715</sup> Art. 9bis § 2, 1° en art. 9ter § 3, 5°, Vreemdelingenwet. Dit betekent, volgens VANHEULE, dat een asielzoeker die wordt uitgesloten van de vluchtelingenstatus of de subsidiaire beschermingsstatus in beginsel geen aanvraag om een machtiging tot verblijf zal kunnen indienen op basis van humanitaire gronden, aangezien de elementen die hij zal aanhalen voor het verkrijgen van een humanitaire verblijfsvergunning, dezelfde gronden zijn op dewelke hij zich heeft gebaseerd om een asielaanvraag in te dienen. Dit belet evenwel niet dat de (directe of indirecte) verwijdering naar het land van herkomst uitgesloten blijft en de vreemdeling minstens van een de facto recht op verblijf zal moeten kunnen genieten. Zie D. VANHEULE, "Asiel in België: vluchtelingen- en subsidiaire beschermingsstatus", in M.-C. FOBLET, S. LUST, D. VANHEULE en Ph. DE BRUYCKER (eds.), *Migratie- en migrantenrecht deel 12, De nieuwe Vreemdelingenwet: België in lijn met de Europese regelgeving*, Brugge, die Keure, 2007, 267.

<sup>1716</sup> Dit voorbeeld wordt aangehaald door de Memorie van toelichting, zie *supra* noot 1714, 33.

<sup>1717</sup> Dit voorbeeld wordt aangehaald door de Memorie van toelichting, zie *supra* noot 1714, 34. De Belgische wetgever meent dat de bescherming van een vreemdeling die ernstig ziek is, kan beantwoorden aan de criteria van subsidiaire bescherming, maar heeft ervoor gekozen om de beoordeling van aanvragen van ernstig zieke vreemdelingen over te laten aan de DVZ en niet toe te vertrouwen aan de bevoegdheid van het CGVS.

<sup>1718</sup> Art. 9bis § 2, 2° en art. 9ter § 3, 5°, Vreemdelingenwet.

<sup>1719</sup> Art. 9bis § 2, 4° en art. 9ter § 3, 5°, Vreemdelingenwet.

<sup>1720</sup> Art. 9bis § 2, 3° en 9ter § 3, 5°, Vreemdelingenwet.

procedures, die elkaar uitsluiten in de zin dat elementen die in een bepaalde procedure werden aangehaald niet in een andere procedure kunnen worden voorgelegd. Dit belet de vreemdeling echter niet om achtereenvolgens gebruik te maken van de verschillende procedures door steeds nieuwe elementen aan te halen.

België maakt gebruik van formele beschermingsstatuten, waarin zich zowel EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten bevinden als nationale bijkomende beschermingsstatuten. De verblijfsstatuten en de rechten verschillen onderling naargelang de beschermingsstatuten waarmee ze worden verbonden. Sommige beschermingsstatuten zijn 'sterker' dan anderen. Voorts blijken de EU-beschermingsstatuten op bindende wijze te moeten worden verleend indien aan de voorwaarden daartoe is voldaan, terwijl de nationale bijkomende beschermingsstatuten op discretionaire wijze worden toegekend.

Daarnaast hanteert België meer informele beschermingspraktijken, die in essentie beperkt zijn tot een niet-verwijdering van de vreemdeling. De (tijdelijke) onmogelijkheid van de verwijdering leidt niet tot een verblijfsstatus en de daarbij horende rechten. Het Belgische opvangbeleid en het sociaal zekerheidsbeleid t.a.v. vreemdelingen voorziet echter in een aantal waarborgen die aan bepaalde categorieën van niet-verwijderbare vreemdelingen een minimumlevensstandaard moeten of kunnen garanderen.<sup>1721</sup> Het betreft hier meer bepaald het toekennen van dringende medische hulp aan illegaal verblijvende personen; het toekennen van materiële hulp aan bepaalde categorieën van illegaal verblijvende personen en het toekennen van financiële hulp wegens overmacht aan bepaalde categorieën van illegaal verblijvende personen.

In sommige gevallen zal de kwetsbaarheid en de niet-verwijderbaarheid van de betrokken vreemdelingen en de toegekende minimumbescherming kunnen leiden tot een mogelijke consolidatie van een aanspraak op een verblijf in hoofde van een vreemdeling, bijvoorbeeld via een aanvraag van een machtiging tot verblijf omwille van humanitaire gronden. Met andere woorden, de sociale bescherming van een vreemdeling kan eventueel een aanspraak op verblijf versterken en overvloeien naar een materieelrechtelijke bescherming op vlak van het verblijf, bijvoorbeeld door de toekenning van een verblijfsstatus.

Er wordt benadrukt dat in dit onderdeel niet wordt gestreefd naar een exhaustieve bespreking maar dat enkel de grote lijnen uiteengezet zullen worden.

---

<sup>1721</sup> Zie meer over de sociaalrechtelijke bescherming van vreemdelingen in het omstandige naslagwerk van S. BOUCKAERT, *Documentloze vreemdelingen. Grondrechtenbescherming doorheen de Belgische en internationale rechtspraak vanaf 1985*, Antwerpen, Maklu, 2007, 1150 p.

### A. De beschermingsgronden in het Belgische asielbeleid

696. Het *Belgische asielbeleid* behelst in principe drie EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten: de EU-tijdelijke bescherming, het vluchtelingenstatuut en de subsidiaire bescherming.<sup>1722</sup> Deze drie statuten worden besproken in Titel II van de wet van 15 mei 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna: de Vreemdelingenwet), die “Aanvullende en afwijkende bepalingen betreffende bepaalde categorieën van vreemdelingen” bevat. In hoofdstuk II onder Titel II van de Vreemdelingenwet, zijn de criteria voor de vluchtelingenstatus en de subsidiaire beschermingsstatus terug te vinden, enerzijds, en in hoofdstuk IIbis de criteria voor de EU-tijdelijke bescherming, anderzijds.

697. België heeft in het verleden een praktijk gekend van het verlenen van ‘nationale’ tijdelijke bescherming (het zgn. B-statuut) op een *ad hoc* wijze en op basis van ministeriële omzendbrieven. Dit B-statuut was onder meer van toepassing op ontheemden uit ex-Joegoslavië (omzendbrief van 18 september 1992), onderdanen uit Rwanda (omzendbrief van 13 juni 1994), ontheemden uit Bosnië-Herzegovina (omzendbrief van 27 oktober 1997) en ontheemden uit Kosovo (omzendbrief van 19 april 1999). Sinds de invoering van de EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten inzake de tijdelijke bescherming en subsidiaire bescherming, is deze nationale praktijk niet meer voortgezet.

Niettemin heeft de Belgische overheid n.a.v. de omzetting van de richtlijn Tijdelijke Bescherming het volgende verklaard: “De toepassing van deze “Europese” regeling van tijdelijke bescherming hangt evenwel af van de goedkeuring van een beslissing door de Raad van de Europese Unie, bij gekwalificeerde meerderheid van de lidstaten. Als de procedure tot goedkeuring van deze beslissing tegenover bepaalde groepen van ontheemden niet is afgerond, en gelet op de omstandigheden, is het niet uitgesloten dat de regering eenzijdig beslist aan deze personen een regeling van tijdelijke bescherming te verlenen, op grond van een nationale beslissing (zie hierover de toelichting bij artikel 8 van dit ontwerp),”<sup>1723</sup> en “Zoals reeds opgemerkt in de commentaar bij artikel 7 in ontwerp, is het organiseren van deze regeling van tijdelijke bescherming een gevolg van de richtlijn “tijdelijke bescherming”, die het instellen van deze bescherming op Europees niveau voorschrijft door het aannemen van een beslissing van de Raad van de Europese Unie bij gekwalificeerde meerderheid van de lidstaten. Als een dergelijke meerderheid niet wordt gehaald, kan het voorstel van de Commissie tot aanneming van een beslissing echter zonder gevolg blijven. In dat geval is de regering van oordeel dat zij eenzijdig een “nationale” tijdelijke bescherming kan toekennen aan de bedoelde groepen van personen, zoals dat reeds het geval was voor de aanneming van de richtlijn “tijdelijke bescherming”.”

---

<sup>1722</sup> België heeft in het verleden een praktijk gekend van het verlenen van een ‘nationale’ tijdelijke bescherming (het zgn. ‘B-statuut’) op een *ad hoc* wijze en op basis van omzendbrieven, maar sinds de invoering van de subsidiaire bescherming is deze praktijk niet meer voortgezet. Dit B-statuut was onder meer van toepassing op ontheemden uit ex-Joegoslavië (omzendbrief van 18 september 1992), onderdanen uit Rwanda (omzendbrief van 13 juni 1994), ontheemden uit Bosnië-Herzegovina (omzendbrief van 27 oktober 1997) en ontheemden uit Kosovo (omzendbrief van 19 april 1999). Zie voor een uitvoerigere beschrijving: MAES, D. VANHEULE en M.-C. FOLETS, *EU and Non-EU Harmonised Protection Statutes in Belgium: Belgium National Report*, Study made for the Belgian National Contact Point to the European Migration Network, <http://emn.intrasoft-intl.com/html/index.html>, December 2009, 24-25. Zie ook D. VANHEULE, “Bedenkingen bij de tijdelijke beschermingsmaatregelen in Europa”, *T.Vreemd.* 1996, 270-274; M. BOSSUYT, “Het CGVS en de ontheemden uit ex-Joegoslavië”, *T.Vreemd.* 1996, 252-259; S. SAROLEA, “De omzendbrief van 1 maart 1995 tot herziening van de status van ontheemde”, *T.Vreemd.* 1996, 277-280.

<sup>1723</sup> Memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen van 18 februari en bij het wetsontwerp tot wijziging van artikel 71 van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl.St.* Kamer 2001-2005, doc. nr. 50-2044/001, 19 en 21.

698. Voor het bekomen van de vluchtelingenstatus of de subsidiaire bescherming, moet een asielaanvraag worden ingediend. Deze asielaanvraag wordt via een eenheidsprocedure in eerste orde en met voorrang onderzocht in het licht van de criteria van het VN-Vluchtelingenverdrag, zoals vastgesteld in artikel 48/3 Vreemdelingenwet, en vervolgens in het kader van de voorwaarden voor subsidiaire bescherming, zoals vastgesteld in artikel 48/4 Vreemdelingenwet. Artikelen 48/3 en 48/4 Vreemdelingenwet vormen de omzetting van de relevante kwalificatiecriteria zoals neergelegd in de Kwalificatierichtlijnen 2004 en 2011. De bescherming als vluchteling heeft dus voorrang op subsidiaire bescherming met het geval dat alleen in het geval dat de asielzoeker niet kan worden erkend als vluchteling, het CGVS onderzoekt of hem de subsidiaire beschermingsstatus kan worden toegekend.

699. Het onderzoek van de asielaanvraag gebeurt door het Commissariaat-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen (hierna: CGVS), een onafhankelijk administratieve instantie die de centrale instantie is van de asielprocedure. Het CGVS is sinds 1 juni 2007 de enige administratieve instantie die bevoegd is voor het onderzoek van de asielaanvraag. De bevoegdheid van het CGVS beperkt zich dan ook tot enkel het onderzoeken van asielaanvragen, en dit kan leiden tot de erkenning van de vluchtelingenstatus of de toekenning van de subsidiaire beschermingsstatus of de weigering van de vluchtelingenstatus en de weigering van de subsidiaire beschermingsstatus.

700. De Vreemdelingenwet voorziet geen andere, aanvullende asielgronden die leiden tot het verlenen van een nationaal bijkomend beschermingsstatuut. De kern van het asielonderzoek is beperkt tot de criteria die aanleiding geven tot de EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten. Een asielaanvraag die niet voldoet aan de criteria voor de vluchtelingenstatus of subsidiaire beschermingsstatus, zal door het bevoegde CGVS in principe niet ambtshalve verder worden onderzocht op grond van andere asielgerelateerde normen of niet-asielgerelateerde normen.

701. Het CGVS zal in bepaalde gevallen wel advies verlenen m.b.t. de specifieke situatie van een asielzoeker die niet in aanmerking komt voor een EU-geharmoniseerd beschermingsstatuut. Zo is het CGVS in sommige gevallen van uitsluiting of openbare orde verplicht om een advies te geven aan de bevoegde Minister en de DVZ m.b.t. de asielaanvraag van de vreemdeling en/of de conformiteit van een eventuele verwijderingsbeslissing met het non-refoulementbeginsel.<sup>1724</sup> Het CGVS kan voorts op eigen initiatief een humanitaire clausule toevoegen aan de weigeringsbeslissing op de asielaanvraag en die de aandacht vestigt van de Minister en de Dienst Vreemdelingenzaken (hierna: DVZ) op de kwetsbare situatie van een afgewezen asielzoeker. Meestal wordt een dergelijke humanitaire clausule getroffen t.a.v. hoogzwangere vrouwen, zieke vreemdelingen of andere kwetsbare personen. Indien het een niet-begeleide minderjarige vreemdeling betreft, zal het CGVS aandacht vragen voor het Kinderrechtenverdrag. In andere situaties kan het CGVS aandacht vragen voor het beginsel van de eenheid van het gezin. Deze humanitaire clausule heeft geen bindende waarde en geeft voorts ook geen automatisch recht op bescherming of verblijf. Het is aan de Minister en de DVZ om te beoordelen of met deze humanitaire clausule rekening wordt gehouden bij het nemen en uitvoeren van een verwijderingsbeslissing. Eventueel kan de humanitaire clausule een aanleiding zijn om een verblijfsaanvraag in te dienen, binnen de mogelijkheden van de Belgische vreemdelingenregelgeving, maar deze moet door de vreemdeling zelf worden ingediend en zal door de DVZ op discretionaire basis worden beoordeeld.<sup>1725</sup>

---

<sup>1724</sup> Art. 52/4, 49/2 § 5 en art. 55 Vreemdelingenwet.

<sup>1725</sup> M. MAES, D. VANHEULE en M.-C. FOGLETS, *EU and Non-EU harmonised Protection Statutes in Belgium: Belgium National Report*, Study made for the Belgian National Contact Point to the European Migration Network, December 2009 (summary update: May 2011), 40, <http://emn.intrasoft-intl.com/html/index.html>.



In andere gevallen kunnen beleidsmaatregelen, bijvoorbeeld het schorsen van de behandeling van asioldossiers<sup>1726</sup> en de schorsing of verlenging van de datum van de uitvoering van een bevel om het grondgebied te verlaten voor afgewezen asielzoekers<sup>1727</sup>, een zekere bescherming bieden tot duidelijkheid is verkregen is over de situatie in het land van herkomst.

702. Het gegeven dat het CGVS, naast de criteria voor de vluchtelingenstatus of subsidiaire beschermingsstatus, niet verder mag toetsen aan andere asielgerelateerde of niet-asielgerelateerde normen, wordt enigszins gecompenseerd door een ruime invulling van de criteria voor de vluchtelingenstatus en subsidiaire beschermingsstatus.

De Belgische Vreemdelingenwet verwijst voor de toekenning van de vluchtelingenstatus in de eerste plaats naar de voorwaarden van artikel 1 van het VN-Vluchtelingenverdrag, zoals gewijzigd door het Protocol van New York. De verschillende constitutieve elementen van de vluchtelingendefinitie (daden en gronden van vervolging, actoren van vervolging en bescherming en het intern vluchtalternatief) worden vervolgens beschreven op dezelfde wijze als Kwalificatierichtlijnen 2004 en 2011.<sup>1728</sup> Voor de omzetting van de Kwalificatierichtlijn 2004 werden deze criteria van de vluchtelingendefinitie niet beschreven in de Vreemdelingenwet. Het positief gevolg van de omzetting van de richtlijn was de invoeging van deze criteria in de Vreemdelingenwet waardoor de rechtsbescherming en rechtszekerheid van asielzoekers werd verhoogd.<sup>1729</sup> Anderzijds, had het feit dat de verschillende criteria voorheen niet in de Vreemdelingenwet werden beschreven tot gevolg dat de rechtspraak een traditie en praktijk ontwikkelde waarin het Vluchtelingenverdrag ruim werd geïnterpreteerd.<sup>1730</sup> Dit verklaart waarom de Vreemdelingenwet hier en daar toch afwijkt van de minimumnormen in de Kwalificatierichtlijn 2004. Hoewel in België de instructies van het CGVS m.b.t. een verdere en diepgaandere interpretatie van de criteria voor de vluchtelingenstatus niet publiek zijn, bevat de memorie van toelichting bij het wetsontwerp dat heeft geleid tot de omzetting van de richtlijn 2004/83/EG anderzijds wel nuttige inlichtingen over de praktijk van de interpretatie van de verschillende elementen van de vluchtelingendefinitie.

703. Uit de Vreemdelingenwet en uit de memorie van toelichting kunnen dan ook een aantal elementen worden gedistilleerd waaruit blijkt dat België een ruime opvatting van de vluchtelingendefinitie heeft willen handhaven. Deze ruime Belgische opvatting van de vluchtelingencriteria vinden we onder meer terug in de omschrijving van 'het behoren tot een bepaalde sociale groep'. Waar de Kwalificatierichtlijn 2004 stelt dat *“een groep wordt geacht een specifieke sociale groep te vormen, als met name (...)”*, stelt de Vreemdelingenwet dat

---

<sup>1726</sup> Zo werd de asielprocedure ten aanzien van asielzoekers uit Ivoorkust eind 2010-begin 2011 bevroren omwille van de kritieke situatie na de presidentsverkiezingen. Zie Vluchtelingenwerk Vlaanderen, *E-fugee* nr. 1 – 2011.

<sup>1727</sup> Zo werden ten aanzien van afgewezen Afghaanse asielzoekers tijdens een bepaalde periode, de bevelen om het grondgebied te verlaten systematisch geschorst op basis van een aantal omzendbrieven van 25 augustus 2003, 24 februari 2004, 24 augustus 2004, 9 februari 2005, 1 september 2006 en 1 april 2007. Deze afgewezen asielzoekers konden tijdens de periode van schorsing van het bevel om het grondgebied te verlaten, aanspraak maken op een arbeidskaart C, een tijdelijke werkvergunning. Zie de omzendbrieven van 6 oktober 2003, 8 maart 2004, 3 september 2004, 14 maart 2005, 31 augustus 2005, 23 mei 2006 en 26 oktober 2006. Deze beleidspraktijk moet worden gezien als een toepassing van het non-refoulementbeginsel in een periode waarin de subsidiaire bescherming als EU-geharmoniseerd beschermingsstatuut nog geen deel uitmaakte van het Belgisch asielbeleid. Zie eveneens S. BOUCKAERT, *Documentloze vreemdelingen, Grondrechtenbescherming doorheen de Belgische en internationale rechtspraak vanaf 1985*, Antwerpen, Maklu, 2007, 444-446.

<sup>1728</sup> Zie art. 48, 48/3 en 48/5 Vreemdelingenwet.

<sup>1729</sup> Memorie van toelichting, Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl. St.* Kamer 2005-2006, nr. 51-2478/001, 6 en 7.

<sup>1730</sup> D. VANHEULE, "Internationale bescherming in de Vreemdelingenwet: asiel en meer", in M.-C. FOLETS, D. VANHEULE en M. MAES, *Migratie- en migrantenrecht deel 14, Dertig jaar vreemdelingenrecht*, Brugge, die Keure, 2011, 434-435; D. VANHEULE, "Asiel in België: vluchtelingen- en subsidiaire beschermingsstatus", in M.-C. FOLETS, S. LUST, D. VANHEULE en Ph. DE BRUYCKER (eds), *Migratie- en migrantenrecht deel 12, De nieuwe Vreemdelingenwet: België in lijn met de Europese regelgeving*, Brugge, die Keure, 2007, 264-265.

“een groep **moet** worden geacht een specifieke sociale groep te vormen als onder meer (...)” [eigen nadruk]. Volgens de Belgische overheid was deze afwijkende formulering nodig om duidelijk te maken dat de interpretatie die de Kwalificatierichtlijn 2004 aan de notie “behoren tot een bepaalde sociale groep” geeft, een minimum is. De interpretatie die de richtlijn geeft, combineert immers twee strekkingen: de strekking die een sociale groep definieert aan de hand van inherente kenmerken en de strekking die de sociale groep definieert aan de hand van de sociale perceptie. In de Belgische praktijk worden deze twee strekkingen echter onafhankelijk van elkaar toegepast. In een interne richtlijn van het CGVS werd bovendien het woord ‘en’ geschrapt en vervangen door ‘of’.<sup>1731</sup> Daar kan een groep op grond van een fundamenteel kenmerk, zoals het geslacht, de seksuele gerichtheid (bijvoorbeeld homoseksualiteit), de leeftijd, de familiebanden (bijvoorbeeld van belang voor situaties van bloedwraak, eremoorden of dedovchina) of op historische gronden worden gedefinieerd of op grond van een eigenschap die dermate fundamenteel is voor de identiteit of de morele integriteit dat van de betrokkenen niet mag worden geëist de banden met die groep te verbreken, zoals het lidmaatschap van een vakbond of het behoren tot een organisatie voor mensenrechten.<sup>1732</sup> In het licht van een ruime opvatting van het criterium “het behoren tot een bepaalde sociale groep”, verduidelijkt de memorie van toelichting het criterium ‘dadenvan vervolging’ waaruit blijkt dat bijvoorbeeld: *“Seksueel geweld ten aanzien van vrouwelijke vluchtelingen, zoals vermindering van vrouwelijke geslachtsorganen, kan ook uitsluitend op seksuele gronden plaatsvinden. In dergelijke situaties kan de vervolgingsgrond ‘het behoren tot een bepaalde sociale groep’ van toepassing zijn.”*<sup>1733</sup>

Een ander voorbeeld van een ruime toepassing van de criteria van het VN-Vluchtelingenverdrag is de praktijk om vluchtelingenstatus te verlenen wanneer de vervolging niet gelinkt is aan een grond van vervolging, maar het gebrek aan bescherming wel.<sup>1734</sup> Deze praktijk wordt ondertussen gedekt door artikel 9, lid 3, van de Kwalificatierichtlijn 2011.

704. Voor wat betreft de omzetting van artikel 15 (c) uit de Kwalificatierichtlijn 2004 is het opvallend dat de Belgische wetgever ervoor gekozen heeft om de woorden ‘individuele bedreiging’ te laten vallen. Artikel 48/4, § 2, Vreemdelingenwet luidt dan ook:

“Ernstige schade bestaat uit:

- a) doodstraf of executie; of,
- b) foltering of onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing van een verzoeker in zijn land van herkomst; of,
- c) ernstige bedreiging van het leven of de persoon van een burger als gevolg van willekeurig geweld in het geval van een internationaal of binnenlands gewapend conflict.”

De Belgische wetgever heeft dus gebruik gemaakt van de mogelijkheid om ter bepaling van wie voor subsidiaire bescherming in aanmerking komt, gunstiger normen vast te stellen zoals voorzien in artikel 3 Kwalificatierichtlijn 2004. Een meer liberale interpretatie werd voorop gesteld.

<sup>1731</sup> Informatie verkregen op basis van een interview met het CGVS op 19 oktober 2009, zie voetnoot 38 in M. MAES, D. VANHEULE en M.-C. FOLETS, *EU and Non-EU Harmonised Protection Statuses in Belgium: Belgium National Report*, Study made for the Belgian National Contact Point to the European Migration Network, December 2009, 27, <http://emn.intrasoft-intl.com/html/index.html>.

<sup>1732</sup> Memorie van toelichting, Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl.St.* Kamer 2005-2006, nr. 51-2478/001, 83.

<sup>1733</sup> Memorie van toelichting, Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl.St.* Kamer 2005-2006, nr. 51-2478/001, 82.

<sup>1734</sup> Zie M. MAES, D. VANHEULE en M.-C. FOLETS, *EU and Non-EU Harmonised Protection Statuses in Belgium: Belgium National Report*, Study made for the Belgian National Contact Point to the European Migration Network, December 2009, 28, <http://emn.intrasoft-intl.com/html/index.html>.

Het individuele aspect wordt bijgevolg eerder begrepen in de zin dat de betrokken asielzoeker dient aan te tonen dat in de omstandigheden die hem eigen zijn er een ernstige bedreiging bestaat van zijn leven of zijn persoon omwille van willekeurig geweld in het kader van een internationaal of binnenlands gewapend conflict, zonder dat hij moet aantonen dat hij persoonlijk wordt geviséerd. Het CGVS neemt per land of per regio een weloverwogen beslissing of er sprake is van een situatie van willekeurig geweld in het geval van een internationaal of binnenlands gewapend conflict. Het is dan ook van belang dat de asielzoeker op geloofwaardige wijze aantoont dat hij daadwerkelijk afkomstig is uit dit land of deze regio en dat hij een burger is. Voorts wordt nagegaan of er geen intern verblijfsalternatief voorhanden is. In dat geval wordt het risico op ernstige schade zoals neergelegd in artikel 48/8, § 2, derde lid, van de Vreemdelingenwet aantoonbaar geacht.<sup>1735</sup>

705. Het asielonderzoek leidt tot twee verschillende beschermingsstatuten, met name de vluchtelingenstatus en de subsidiaire beschermingsstatus. Indien de vreemdeling voldoet aan de criteria voor vluchtelingenstatus, wordt hij van rechtswege tot een verblijf van onbepaalde duur toegelaten.<sup>1736</sup> De vreemdeling aan wie een subsidiaire beschermingsstatus werd toegekend, wordt daarentegen enkel toegelaten tot een verblijf van beperkte duur. In eerste instantie krijgt de vreemdeling die subsidiaire bescherming geniet een verblijfstitel die geldig is gedurende één jaar en in geval van verlenging, geldig gedurende twee jaar. Pas na vijf jaar te rekenen vanaf de indiening van de asielaanvraag zal een persoon met subsidiaire bescherming kunnen genieten van een verblijf van onbeperkte duur.<sup>1737</sup> Naast een initiële tijdelijke verblijfsstatus, zijn ook de overige rechten en voorzieningen die worden toegekend aan de persoon die geniet van subsidiaire bescherming, beperkter dan die rechten en voorzieningen die worden opengesteld aan een erkende vluchteling, onder meer met betrekking tot de sociale zekerheidsvoorzieningen en het al dan niet vrijgesteld zijn van een arbeidskaart.

706. Zoals reeds vermeld, spreekt het CGVS zich enkel uit over de asielaanvraag en de nood aan bescherming omwille van vervolging of een reëel risico op ernstige schade in het land van herkomst. De asielbeslissing van het CGVS blijft daartoe beperkt. De asielzoeker kan een negatieve asielbeslissing aanvechten voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.

Ter afronding van de asielprocedure en ter beëindiging van het voorlopig verblijf in België, neemt de DVZ vervolgens een aparte volgbeslissing tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten. Dit gebeurt op basis van een gebonden bevoegdheid, aangezien de relevante wetsbepaling, artikel 52/3 Vreemdelingenwet, zo opgesteld is dat de DVZ geen andere keuze heeft dan onverwijld een bevel af te geven wanneer de asielaanvraag van de vreemdeling werd afgewezen én hij niet of niet meer op regelmatige basis in het Rijk verblijft.

De afgifte van dit bevel gebeurt dus zonder onderzoek naar de aanwezigheid van eventuele andere beschermingsgronden of uitzettingsbeletselen in een bepaald individueel geval.<sup>1738</sup>

Het komt aldus de afgewezen asielzoeker toe om desgevallend dit bevel aan te vechten voor de Raad voor de Vreemdelingenbetwistingen waarbij hij een beroep doet op eventuele uitzettingsbeletselen in het licht van hogere normen, of om, in het kader van het Belgische

---

<sup>1735</sup> Memorie van toelichting, Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl. St.* Kamer 2005-2006, nr. 51-2478/001, 86-87. Zie M. MAES, D. VANHEULE en M.-C. FOLETS, *EU and Non-EU Harmonised Protection Statuses in Belgium: Belgium National Report*, Study made for the Belgian National Contact Point to the European Migration Network, December 2009, 35-36, <http://emn.intrasoft-intl.com/html/index.html>.

<sup>1736</sup> Art. 49 Vreemdelingenwet.

<sup>1737</sup> Art. 49/2 Vreemdelingenwet.

<sup>1738</sup> Dit kan leiden tot een zgn. 'protection gap'. Zie hierover F. VOGELAAR, " 'Protection gap' in de asielprocedure", *T. Vreemd.* 2013, 55-66

migratiebeleid, een aanvraag van een machtiging tot verblijf in te dienen of om uitstel van verwijdering te vragen.

*B. Bijkomende beschermingsgronden in het Belgische migratiebeleid*

a.) Bijkomende beschermingsgronden die aanleiding kunnen geven tot een verblijfsstatuut

707. In eerste instantie bestaan er aantal beschermingsgronden op basis waarvan verblijfsmachtiging kan worden verleend. Over de toekenning van deze verblijfsmachtiging wordt discretionair beslist door de bevoegde Minister en de DVZ.

Het Belgische migratiebeleid is immers in wezen gebaseerd op het principe dat een aanvraag van een machtiging tot verblijf in het buitenland moet worden ingediend, meer bepaald bij de bevoegde Belgische diplomatieke of consulaire post. Vanuit een beschermingsoogpunt zijn er op dit principe zowel expliciet als impliciet een aantal uitzonderingen voorzien,<sup>1739</sup> wat betekent dat een machtiging tot verblijf ook kan worden toegekend aan een vreemdeling die reeds in België verblijft.

Bij het verlenen van een machtiging tot verblijf is de beslissing van de overheid constitutief voor het verblijfsrecht. Dit betekent dat in beginsel de aanvrager tijdens de verblijfsprocedure geen voorlopig verblijfsdocument verkrijgt, maar het einde van de relevante verblijfsprocedure dient af te wachten. Hierop bestaan evenwel uitzonderingen waarin de vreemdeling tijdens de verblijfsprocedure en het onderzoek naar de nood aan bescherming in het bezit gesteld wordt van een voorlopige verblijfstitel.

Bij de verlening van een machtiging tot verblijf, beschikt de overheid in beginsel over een grote appreciatiebevoegdheid. Deze discretionaire appreciatiebevoegdheid blijft behouden ook al wordt de eventuele verlening van een machtiging tot verblijf beoordeeld vanuit een beschermingsoogpunt. Deze bevoegdheid moet echter volgens de principes van behoorlijk bestuur, met een motivatie in feite en in rechte en in overeenstemming met de mensenrechten en grondrechten worden uitgeoefend.

708. Een machtiging tot verblijf kan worden verleend aan:

- een vreemdeling die op zodanige wijze lijdt aan een ziekte, dat deze ziekte een reëel risico inhoudt op een onmenselijke of vernederende behandeling wanneer er geen adequate behandeling is in zijn land van herkomst of het land waar hij verblijft (de zgn. aanvraag omwille van medische gronden);<sup>1740</sup>
- een vreemdeling die zich in buitengewone omstandigheden bevindt waardoor een aanvraag van een machtiging tot verblijf niet in het land van herkomst kan worden ingediend (de zgn. aanvraag omwille van humanitaire gronden);<sup>1741</sup>
- slachtoffers van mensenhandel en mensensmokkel;<sup>1742</sup>
- niet-begeleide minderjarige vreemdelingen voor wie de duurzame oplossing ligt in een verblijf in België.<sup>1743</sup>

---

<sup>1739</sup> RvS 9 december 2009, nr. 198.769.

<sup>1740</sup> Art. 9ter VrW.

<sup>1741</sup> Art. 9bis VrW.

<sup>1742</sup> Art. 61/2 tot 61/5 VrW.

<sup>1743</sup> Omzendbrief van 15 september 2005 betreffende het verblijf van niet-begeleide minderjarigen, BS 7 oktober 2005.

De criteria en procedures m.b.t. de verlening van een verblijfsvergunning op basis van medische gronden of wegens bijzondere omstandigheden worden beschreven in Titel 1 “Algemene bepalingen” van de Vreemdelingenwet, onder hoofdstuk III “Verblijf van meer dan drie maanden”. De criteria en procedure m.b.t. de verlening van een verblijfsvergunning aan de slachtoffers van mensenhandel en mensensmokkel zijn dan weer terug te vinden in Titel 2 “Aanvullende en afwijkende bepalingen betreffende bepaalde categorieën van vreemdelingen”, onder hoofdstuk IV “Vreemdelingen die het slachtoffer zijn van het misdrijf mensenhandel in de zin van artikel 433quinquies van het Strafwetboek, of die het slachtoffer zijn van het misdrijf mensensmokkel in de zin van artikel 77bis in de omstandigheden bedoeld in artikel 77quater, 1°, uitsluitend voor wat de niet begeleide minderjarigen betreft, tot en met 5°, en die met autoriteiten samenwerken”. De criteria en procedure voor de verlening van het bijzonder beschermingsstatuut aan niet-begeleide minderjarige vreemdelingen, zijn dan weer terug te vinden onder hoofdstuk VII “Niet-begeleide minderjarige vreemdelingen” van de Vreemdelingenwet.

### i) Het verblijfsstatuut omwille van humanitaire gronden

709. Bepaalde vreemdelingen die op illegale wijze in België verblijven, kunnen soms een verblijfsstatus verkrijgen op basis van humanitaire gronden. Artikel 9bis Vreemdelingenwet<sup>1744</sup> bepaalt dat een aanvraag van een machtiging tot verblijf per uitzondering ook kan worden ingediend bij de burgemeester van de plaats waar hij verblijft wanneer er sprake is van ‘buitengewone omstandigheden’ en wanneer de vreemdeling in het bezit is van een identiteitsdocument of wanneer de vreemdeling aantoonde dat hij in de onmogelijkheid verkeert om in België een identiteitsdocument te verwerven.

710. In essentie is artikel 9bis Vreemdelingenwet een procedureregeling;<sup>1745</sup> het bepaald niet nader de gronden waarop de verblijfsmachtiging kan bekomen worden maar het wordt vaak gebruikt om een illegaal verblijf omwille van (prangende) humanitaire redenen te regulariseren.<sup>1746</sup>

---

<sup>1744</sup> Ingevoegd bij art. 4 wet 15 september 2006, *supra* noot 1766. Zie P. ROBERT, “Les articles nouveaux 9bis et 9ter, une réforme inachevée”, *Rev.dr.étr.* 2007, 3-11.

<sup>1745</sup> Het is pas sinds midden de jaren 1990 dat men art. 9bis Vreemdelingenwet volledig als een procedurele regel ziet; meer bepaald hebben ‘buitengewone omstandigheden’ enkel betrekking op omstandigheden die de vreemdeling hebben verhinderd om in het buitenland een aanvraag in te dienen, alvorens naar België te komen. Voorheen was er nog een tendens in de rechtspraak van de RvS om ‘buitengewone omstandigheden’ te begrijpen als redenen die ten gronde konden worden ingeroepen om in België een aanvraag in te dienen. Zie L. DENYS, “Van artikel 9, lid 1, 2 en 3 Vreemdelingenwet naar artikelen 9, lid 1 en 2, 9bis en 9ter Vreemdelingenwet”, in M.-C. FOBLETS, S. LUST, D. VANHEULE en Ph. DE BRUYCKER (eds), *Migratie- en migrantenrecht: De nieuwe Vreemdelingenwet, België in lijn met de Europese regelgeving - deel 12*, Brugge, Die Keure, 2007, 3-59.

<sup>1746</sup> De hoofdreden waarom er geen gronden tot verblijf werden opgenomen zowel in het vroegere art. 9, tweede lid Vreemdelingenwet als huidig art. 9bis Vreemdelingenwet, is de terughoudendheid om verschillende in aanmerking komende situaties vast te leggen met het risico dat andere, even gerechtigde, situaties uit de boot zouden kunnen vallen. Men zag niet in hoe het mogelijk was om verschillende particuliere situaties onder één noemer te vatten. Voor het historische kader m.b.t. het oorspronkelijke art. 9, tweede lid, Vreemdelingenwet, zie: Wetsontwerp betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl.St.* Kamer 1974-75, nr. 653-1, 14-16; Amendement Levaux op het wetsontwerp betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl.St.* Kamer 1974-75, nr. 653-4 en amendement Dejardin op het wetsontwerp betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl.St.* Kamer 1974-75, nr. 653-6; Wetsontwerp betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, verslag namens de Commissie van Justitie uitgebracht door de heer Dejardin, *Parl.St.* Kamer 1977-78, nr. 144-7, 79. Zie ook L. DENYS, “Van artikel 9, lid 1, 2 en 3 Vreemdelingenwet naar artikelen 9, lid 1 en 2, 9bis en 9ter Vreemdelingenwet”, *supra* noot 1745, 10-12. Ook bij de bespreking van de wet van 15 september 2006 verklaarde de wetgever dat er uitdrukkelijk voor gekozen werd om in dit geval geen criteria voor de toekenning van machtiging tot verblijf in de wet neer te leggen. Voor een bespreking van het huidige art. 9bis Vreemdelingenwet, zie verslag van 4 juli 2006 namens de Commissie voor de binnenlandse zaken, de algemene zaken en het openbaar ambt uitgebracht door de heren Mohammed Boukourna en Dirk Claes, *Parl.St.* Kamer 2005-2006, nr. 51-2478/008, 12, waarin de minister stelt: “Hier een restrictief kader voorzien onder het mom van een grotere objectiviteit zou tal van schrijnende gevallen uit de boot doen vallen.”

De vaste rechtspraak van de Raad van State heeft ertoe geleid dat een aanvraag op basis van artikel 9bis Vreemdelingenwet een dubbele motivering dient te bevatten. Enerzijds moet de aanvraag de buitengewone omstandigheden vermelden die verhinderen dat een aanvraag in het buitenland wordt gedaan (ontvankelijkheid); anderzijds moet de aanvraag redenen bevatten waarom een machtiging tot verblijf kan worden toegekend (gegrondheid).<sup>1747</sup>

In vele gevallen lopen de redenen die het indienen van een aanvraag in het buitenland bemoeilijken en de motieven voor het verblijf in België door elkaar of zijn ze nauw met elkaar verweven. Het is niet altijd even eenvoudig om een strikte scheiding te maken, zeker niet wanneer een humanitaire situatie de aanleiding is tot de aanvraag van een machtiging tot verblijf. Een humanitaire situatie kan zowel de reden zijn voor het indienen van een aanvraag in België als het motief ten gronde voor het verblijf in België.

711. Om aan dergelijke situaties tegemoet te komen en n.a.v. de vraag van middenveldorganisaties naar duidelijke criteria voor de beoordeling ten gronde van aanvragen op basis van artikel 9bis Vreemdelingenwet, is er een zekere traditie ontstaan om bepaalde categorieën van vreemdelingen te benoemen die, na een individueel onderzoek, in aanmerking kunnen komen voor een machtiging tot verblijf, hetzij door omzendbrieven of door een regularisatiewet.<sup>1748</sup> De verschillende omzendbrieven die vanaf eind de jaren 1990 verschijnen, alsook de zgn. regularisatiewet van 1999, sommen situaties op waarin vreemdelingen zich kunnen bevinden en die gelijkgesteld worden met buitengewone omstandigheden.<sup>1749</sup> Anders gezegd, indien een vreemdeling zich ten gronde in een dergelijke situatie bevindt dan moet men geen buitengewone omstandigheden meer aantonen in een voorafgaandelijke ontvankelijkheidsfase omdat ze in deze gevallen worden vermoed aanwezig te zijn. De opgesomde situaties betroffen voornamelijk situaties waarin er sprake was van langdurige asiel- of verblijfsprocedures, duurzame sociale banden, medische redenen of humanitaire redenen. Met humanitaire redenen wordt veelal bedoeld op vreemdelingen die onverwijderbaar zijn of die zich in een dermate prangende toestand bevinden dat de machtiging tot verblijf in België de enige oplossing is. SOMERS toont duidelijk aan dat de criteria die in de loop der jaren werden ontwikkeld veelal aan de basis lagen van het ontstaan van nieuwe verblijfsstatuten die een bijkomende bescherming bieden aan vreemdelingen, met name verblijfsstatuten voor ernstig zieke vreemdelingen, de slachtoffers van mensenhandel, niet-begeleide minderjarige vreemdelingen, enz.<sup>1750</sup>

712. In maart 2008 stelde de Belgische regering in haar regeerakkoord nogmaals dat de regularisatiecriteria m.b.t. de 'buitengewone omstandigheden' in een omzendbrief zouden worden verduidelijkt, waarbij werd geopteerd voor een regularisatie op individuele basis. Bij

---

<sup>1747</sup> RvS 22 maart 1995, nr. 52.347 en RvS 8 november 1995, nr. 59.705. Bevestigd in o.m. RvV 11 september 2007, nr. 1643 en RvV 20 september 2007, nr. 1843.

<sup>1748</sup> Voor een historiek van de verschillende omzendbrieven en richtlijnen m.b.t. de humanitaire regularisatie als ook de regularisatiewet van 22 december 1999, zie L. DENYS, "Van artikel 9, lid 1, 2 en 3 Vreemdelingenwet naar artikelen 9, lid 1 en 2, 9bis en 9ter Vreemdelingenwet", *supra* noot 1745, 27-35, alsook de relevante bibliografie m.b.t. art. 9bis Vreemdelingenwet en de bespreking van de rechtspraak onder (oud) art. 9, derde lid, Vreemdelingenwet, weergegeven in G. DEBERSAQUES, D. VANHEULE en M.-C. FOLETS (eds.), *Vreemdelingenrecht geannoteerd*, Brugge, die Keure, 2009, 22-24 en 35-51.

<sup>1749</sup> Het gaat hier bijvoorbeeld om vreemdelingen die gedurende een onredelijk lange termijn wachten op de behandeling en beslissing van hun asielaanvraag of vreemdelingen die duurzame sociale banden in/met België kunnen aantonen. Voor een historiek van de verschillende omzendbrieven en richtlijnen m.b.t. humanitaire regularisatie, alsook de regularisatiewet van 22 december 1999, zie L. DENYS, "Van artikel 9, lid 1, 2 en 3 Vreemdelingenwet naar artikelen 9, lid 1 en 2, 9bis en 9ter Vreemdelingenwet", *supra* noot 1745, 27-35 alsook de relevante bibliografie m.b.t. art. 9bis Vreemdelingenwet en bespreking van de rechtspraak onder (oud) art. 9, derde lid, Vreemdelingenwet, weergegeven in G. DEBERSAQUES, D. VANHEULE en M.-C. FOLETS (eds.), *Vreemdelingenrecht geannoteerd*, Brugge, die Keure, 2009, 22-24 en 35-51.

<sup>1750</sup> E. SOMERS, "De beoordeling van 'regularisatie'-aanvragen (art. 9bis Vw.) met criteria uit de instructie van 19 juli 2009 na de Raad van State-rechtspraak: rien ne va plus?", *T. Vreemd.* 2013, 217.

gebrek aan politiek akkoord over de juiste inhoud van een dergelijke instructie, vaardigde in maart 2009 de bevoegde minister zelf een instructie uit betreffende de toepassing van het oude artikel 9, lid 3, en het artikel 9bis van de Vreemdelingenwet.<sup>1751</sup> Daarbij verzocht de minister de DVZ om de opgesomde specifieke situaties aan de bijzondere omstandigheden van prangende humanitaire aard te voegen die aanleiding kunnen geven tot de afgifte van een verblijfsmachtiging in toepassing van het oud artikel 9, lid 3, en artikel 9bis van de Vreemdelingenwet. Naast de situatie van asielzoekers in een langdurige asielprocedure alsook de situatie van families met schoolgaande kinderen met een afgesloten of hangende asielprocedure die reeds vijf jaar in België verblijven, vermeldde de instructie ook de situatie van vreemdelingen die zich in een prangende humanitaire situatie bevinden, waardoor hun verwijdering in strijd zou zijn met de internationale mensenrechtenverdragen. Deze situaties betroffen vooral vreemdelingen die een bijzondere band met België of met een Belg hebben ontwikkeld en waarvan de verwijdering een schending zou kunnen inhouden van het Kinderrechtenverdrag of artikel 8 EVRM (eerbiediging van het recht op een familie- of gezinsleven alsook een privéleven), meer bepaald:

1. De vreemdeling die ouder is van een Belgisch minderjarig kind en die een reëel en effectief gezin vormt met dit kind.<sup>1752</sup>
2. De vreemdeling die ouder is van een minderjarig kind dat een EU-burger is, indien het kind over voldoende bestaansmiddelen beschikt, eventueel verkregen via deze ouder en wanneer de ouder effectief instaat voor de zorg van het kind.<sup>1753</sup>
3. De familieleden van een EU-burger die buiten het toepassingsgebied van de gezinshereniging (artikel 40bis van de wet) vallen maar van wie het verblijf dient te worden 'vergemakkelijkt' in toepassing van de Europese richtlijn 2004/38, zijnde, de familieleden, ongeacht hun nationaliteit, die in het land van herkomst ten laste zijn van of inwoonden bij de EU-burger, of die wegens ernstige gezondheidsredenen een persoonlijke verzorging door de EU-burger nodig hebben.<sup>1754</sup>

<sup>1751</sup> Deze instructie is terug te vinden op

[https://dofi.ibz.be/nl/20090326%20-%20Instructies%20van%20de%20minister%20inzake%20art%209bis\\_NL.pdf](https://dofi.ibz.be/nl/20090326%20-%20Instructies%20van%20de%20minister%20inzake%20art%209bis_NL.pdf).

<sup>1752</sup> Deze bepaling betreft ouders van wie de kinderen, die in België geboren zijn, de Belgische nationaliteit hebben bekomen omdat ze anders het risico zouden lopen om staatloos te worden. De Belgische nationaliteit wordt niet toegekend indien het kind een andere nationaliteit kan verkrijgen, mits zijn wettelijke vertegenwoordiger(s) administratieve handelingen verrichten bij de diplomatieke of consulaire overheden van het land van de ouders of van één van hen. (art. 10 WBN – toekenning van de Belgische nationaliteit op grond van de geboorte in België). In de praktijk zal DVZ ook een onderzoek voeren naar een eventueel misbruik van de nationaliteitswetgeving door de ouders met het oog op het verkrijgen van een verblijfsvergunning. Zie meer in G. MAES, "Vreemdelingen zonder legaal verblijf met Belgische kinderen: uitzetting van onderdanen of beschermd gezinsleven als hefboom voor regelmatig verblijf", *T. Vreemd.* 2005, 332-339. Een negental prejudiciële vragen m.b.t. deze materie werden verwezen naar het Grondwettelijk Hof. Het betrof voornamelijk de vraag of het opleggen van een voorwaarde tot tenlasteneming van de ascendenten geen onevenredige behandeling inhield ten opzichte van het minderjarig Belgisch kind wiens ouders geen Belg zijn. Het Grondwettelijk Hof oordeelde dat het opleggen van deze voorwaarde inderdaad tot gevolg heeft, wanneer ze niet wordt vervuld, dat de minderjarige wordt verplicht hetzij in een onzekere administratieve situatie in België te leven, hetzij zijn ouders te volgen naar hun land van herkomst, waar hij niet dezelfde sociale tegemoetkomingen zou kunnen genieten als in België. Het Hof verwees echter naar de ministeriële instructie van 26 maart 2009 waar uitdrukkelijk werd gesteld dat de vreemdeling die ouder is van een Belgisch minderjarig kind en die een reëel en effectief gezin vormt met dit kind, zich in een prangende humanitaire situatie bevindt en dus een verblijfsvergunning kan bekomen. Deze instructie werd later bevestigd in de ministeriële instructie van 19 juli 2009. Omdat er een mogelijkheid was om een verblijf te bekomen, oordeelde het Hof dat er uiteindelijk geen onevenredige behandeling was. GwH 3 november 2009, nr. 174/2009. In 2011 werd naar aanleiding van het arrest van het Hof van Justitie van 8 maart 2011, C-34/09, de Vreemdelingenwet gewijzigd zodat heden op basis van artikel 40ter van de Vreemdelingenwet aan de familieleden die de ouders zijn van een minderjarige Belg, die hun identiteit aantonen met een identiteitsdocument, en die de Belg begeleiden of zich bij hem voegen, een recht op verblijf wordt verleend (zie art. 9 van wet van 8 juli 2011 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *B.S.* 12 september 2011).

<sup>1753</sup> Deze bepaling werd beïnvloed door het arrest HvJ 19 oktober 2004, C-200/02, *Zhu en Chen*. Zie H. VERSCHUEREN, "Gezinshereniging met EU-burgers door derdelandsonderdanen. Twee opmerkelijke arresten van het Europese Hof van Justitie in de zaken *Akrich* en *Zhu en Chen*", *T. Vreemd.* 2005, 113-124.

<sup>1754</sup> België heeft tot nu toe art. 3, lid 2, Richtl. 2004/38/EG, 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van de Richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG,

4. De vreemdelingen die gemachtigd of toegelaten werden tot een onbeperkt verblijf in België toen hij minderjarig was en die daarna is teruggekeerd (al dan niet onder de dwang van zijn ouders) naar zijn land van herkomst maar die geen aanspraak kan maken op een recht op terugkeer zoals voorzien in de wet of in de koninklijke besluiten, zoals vreemdelingen van wie het paspoort of de verblijfstitel werd afgenomen wanneer zij zijn teruggekeerd naar het land van herkomst of jonge vrouwen die tegen hun wil uitgehuwelijkt werden, voor zover deze personen de nodige bewijzen van deze toestand kunnen voorleggen.
5. De echtgenoten met een verschillende nationaliteit die afkomstig zijn uit landen die hun gezinshereniging niet toelaten, met het gevolg dat ingeval van verwijdering naar hun respectieve landen van herkomst, hun gezinscel zou verbroken worden, in het bijzonder wanneer ze een gemeenschappelijk kind hebben.
6. Vreemdelingen die een Belgisch pensioen of een invaliditeitspensioen genieten, maar die hun recht op verblijf in België verloren hebben ingevolge hun terugkeer naar het land van herkomst.

De instructie voegde toe dat deze limitatieve opsomming van prangende humanitaire situaties niet wegneemt dat ingevolge de discretionaire macht die de Minister of zijn afgevaardigde bezit, ook andere situaties dan deze die hierboven zijn opgesomd, kunnen beschouwd worden als zijnde prangende humanitaire situaties, en de DVZ zodoende kan besluiten dat de bijzondere omstandigheden waarvan sprake is in artikel 9bis van de wet zijn vervuld.

713. In juli 2009 werd een nieuwe ministeriële instructie van 19 juli 2009 uitgevaardigd m.b.t. de toepassing van het oude artikel 9, derde lid, en het artikel 9bis van de Vreemdelingenwet, die paste in het gezochte ruimer politiek akkoord.<sup>1755</sup> Hierbij werd de situatie van een langdurige asielprocedure uitgebreid door ook de procedure bij de Raad van State of een procedure op grond van het oude artikel 9, derde lid, van de Vreemdelingenwet in rekening te brengen. Daarnaast werd ook het begrip 'duurzame sociale verankering' ruimer gedefinieerd, bijvoorbeeld door ook rekening te houden met vreemdelingen die een arbeidscontract kunnen voorleggen.

Interessant is dat deze instructie voor het eerst de zgn. 'prangende humanitaire situaties', die aanleiding kunnen geven tot regularisatie, preciezer verklaart. De instructie verduidelijkte voor het eerst dat er van een 'prangende humanitaire situatie' sprake is indien een verwijdering van de aanvrager in strijd zou zijn met de internationale mensenrechtenverdragen, in het bijzonder het Internationaal Kinderrechtenverdrag en het EVRM. In een vademecum bij de geannuleerde instructie werd een 'prangende humanitaire situatie' verder verklaard als *"Elke situatie die dermate klemmend is dat de persoon zich er niet van kan ontdoen en waarbij een verwijdering een schending van een fundamenteel recht met directe werking in België zou kunnen inhouden, zodat een verder verblijf in België de enige oplossing is, moet als een prangende humanitaire situatie worden beschouwd."*<sup>1756</sup>

---

73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG, *Pb.L.* 30 april 2004, afl. 158, 42, nog niet correct omgezet, zoals reeds werd vastgesteld door de Europese Commissie. Zie Commissie van de Europese Gemeenschappen, Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad over de toepassing van Richtlijn 2004/38/EG betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, Brussel 10 december 2008, COM(2008) 840 definitief, 4.

<sup>1755</sup> De instructie is terug te vinden op:

<http://www.kruispuntmi.be/uploadedFiles/Vreemdelingenrecht/Wegwijs/verblijfsstatuten/Humanitair/instructie%20regularisatie%2020090718.pdf>. Met betrekking tot een eventuele overheidsaansprakelijkheid wegens het laattijdig uitvoeren van het regeerakkoord m.b.t. regularisatie, zie A. MORTELMANS, "Regularisatie. Overheidsaansprakelijkheid in verband met de uitvoering van het regeerakkoord van 18 maart 2008", *NjW* 2010, 42-52.

<sup>1756</sup> Het vademecum is terug te vinden op: <http://www.kruispuntmi.be/uploadedFiles/Vreemdelingenrecht/Vademecum21september.pdf>.



Op deze wijze leek de instructie vreemdelingen te beschermen die buiten alle formele beschermingsmogelijkheden van het asiel- of migratiebeleid vallen, maar wiens situatie zo complex of precair is dat verwijdering een schending van hun mensenrechten kan inhouden. Als een restcategorie van bescherming leek de instructie situaties te ondervangen waarin humanitaire regularisatie de enig mogelijke humane oplossing is.

De instructie hernam de zes concrete situaties die in de instructie van maart 2009 reeds werden aangehaald en die dienden te worden beschouwd als een prangende humanitaire situatie. De instructie stipte echter ook aan dat de discretionaire macht die de minister of zijn gemachtigde bezit, niet wegneemt om andere gevallen dan deze die hierboven worden opgesomd te beschouwen als zijnde prangende humanitaire situaties. Volgens het vademecum zou een bijzondere aandacht hierbij gaan naar vreemdelingen die behoren tot een kwetsbare groep. Voorbeelden zijn:

- Vrouwen en kinderen die mishandeld, misbruikt of uitgebuit zouden zijn geweest.
- Personen die zich in een dergelijke persoonlijke of familiale situatie bevinden dat hun enige redding de regularisatie van hun verblijf is.

Dit laatste leek de deur te openen voor andere, niet reeds vermelde situaties waar de verwijdering van de vreemdeling in strijd zou kunnen zijn met artikelen 3 en 8 EVRM of het Kinderrechtenverdrag, maar die geen beroep kunnen doen op een specifiek beschermingsstatuut. Zoals eerder gezegd, opent het begrip ‘prangende humanitaire situatie’ en de definitie daarvan perspectieven voor een zgn. restcategorie van vreemdelingen met nood aan bescherming. Voorbeelden daarvan zouden kunnen zijn: vreemdelingen die omwille van feitelijke of administratieve omstandigheden niet verwijderd kunnen worden, erkende staatlozen, vreemdelingen die vallen onder een uitsluitingsclausule, ernstig zieke vreemdelingen wier aanvraag onder artikel 9<sup>ter</sup> onontvankelijk werd verklaard, enz.

714. Deze ministeriële instructie van juli 2009 werd echter vernietigd door de Raad van State omdat een door de wet ingestelde voorwaarde om een aanvraag op grond van artikel 9<sup>bis</sup> in te dienen, m.n. de vereiste ‘buitengewone omstandigheden’, via deze instructie buiten werking wordt gesteld.<sup>1757</sup> De bestreden instructie maakt het mogelijk dat vreemdelingen die zich in de erin omschreven voorwaarden bevinden ervan ontslagen worden om aan te tonen dat er in hun geval buitengewone omstandigheden voorhanden zijn, terwijl enkel de wetgever dit vermag te doen, aldus de Raad van State. Hierdoor wordt een aan de wetgever voorbehouden domein betreden en voegt de instructie een nieuwe rechtsregel toe aan de rechtsorde.<sup>1758</sup>

Aanvankelijk stelde de bevoegde minister dat hij verder, op grond van zijn discretionaire bevoegdheid, de aanvragen voor een verblijfsvergunning zou blijven onderzoeken op basis van de criteria van de geannuleerde instructie. De DVZ liet weten dat het loyaal de richtlijnen van de bevoegde Minister zal volgen.<sup>1759</sup> Inmiddels wordt evenwel volledig teruggegrepen naar de klassieke opvatting van artikel 9<sup>bis</sup> van de Vreemdelingenwet als een uitzonderlijke procedurereguleer en wordt gesteld dat de voornoemde criteria niet langer meer gelden of van toepassing zijn. Evenwel betoogt Somers op duidelijke wijze dat de vernietiging van de instructie door de Raad van State niet tot gevolg heeft dat de criteria elke waarde hebben verloren en beroept hij zich op het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. De criteria uit de vernietigde instructie zouden volgens hem nog steeds gehanteerd kunnen worden als niet-bindende richtlijnen voor de discretionaire behandeling van aanvragen op grond van artikel

---

<sup>1757</sup> Zie voor achtergrond, K. MUYLLE, “Raad van State vernietigt instructie regularisatie”, *TBP* 2010, 210-211.

<sup>1758</sup> RvS 9 december 2009, nr. 198.769.

<sup>1759</sup> E. SOMERS, “De beoordeling van ‘regularisatie’-aanvragen (art. 9<sup>bis</sup> Vw.) met criteria uit de instructie van 19 juli 2009 na de Raad van State-rechtspraak: rien ne va plus?”, *T. Vreemd.* 2013, 218.

9bis ten gronde. Zoniet moet volgens hem de vraag worden gesteld of een zuiver discretionair beleid inzake de verblijfsstatuten van vreemdelingen wel kan blijven bestaan zonder een materiële invulling daarvan in criteria. Hij werpt de vraag op of een discretionair migratiebeleid anders niet gelijk staat aan ondoorzichtigheid of zelfs willekeur en of het toepassen van vaste criteria om individuele gevallen te beoordelen dan niet onontbeerlijk is voor een goed bestuurlijk beleid.<sup>1760</sup> Hij pleit vervolgens: *“Om enige rechtszekerheid en behoorlijk bestuur te krijgen, worden de criteria die het toekennen van een verblijfsvergunning in België (een regularisatie) rechtvaardigen best zo veel mogelijk verankerd in de wet. Naast de (best wettelijk bepaalde) criteria moet er wel altijd een discretionaire bevoegdheid overblijven om niet-bepaalde gevallen op hun merites te beoordelen en te beslissen: dat is nu eenmaal het prerogatief van de Staat om een migratiebeleid te voeren.”*<sup>1761</sup>

Dat de vernietiging van de instructie van juli 2009 een impact heeft op vreemdelingen die een nood hebben aan bijkomende bescherming, blijkt uit een UNHCR-studie over staatloosheid in België. Aangezien er voor erkende staatlozen in België geen automatisch verblijfsrecht geldt, starten velen onder hen dan ook een regularisatieprocedure op, op grond van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet. Het rapport stelt: *“Aangezien de uitoefening van vele rechten afhangt van het verkrijgen van een toestemming om op het grondgebied te verblijven, starten vele staatlozen een regularisatieprocedure. Deze procedure blijkt zeer traag te verlopen en duurt soms verscheidene jaren. Dit komt nog eens bovenop de lange procedure voor de vaststelling van de staatloosheid. De periode waarin staatlozen het in België zonder rechten of met zeer beperkte rechten moeten stellen, wordt op die manier bijzonder lang. Terwijl vroeger 30 tot 60% van de beslissingen aangaande regularisatieaanvragen vanwege staatloosheid negatief placht te zijn, nam dit percentage sterk af na de invoering van nieuwe regularisatiecriteria in juli 2009. Als gevolg hiervan werd meer dan 90% van die aanvragen in 2010 goedgekeurd. Zonder wijzigingen in de wetgeving en/of de gehanteerde praktijken kunnen staatlozen in de toekomst – zoals we hierboven al uitlegden – echter opnieuw problemen ondervinden om hun verblijf in België te regulariseren. In 2011 daalde het regularisatiepercentage met 53 procent.”*<sup>1762</sup>

715. De mogelijkheid om in België een verblijfsmachtiging aan te vragen als uitzonderingsbepaling wordt bijgevolg restrictief geïnterpreteerd en dit volgens de vaste rechtspraak van de Raad van State. De ‘buitengewone omstandigheden’ strekken er niet toe te verantwoorden waarom de machtiging tot een verblijf van meer dan drie maanden wordt verleend, maar om te verantwoorden waarom de aanvraag in België en niet in het buitenland wordt ingediend. Deze buitengewone omstandigheden mogen dus niet meer worden verward met de argumenten ten gronde die worden ingeroepen om een verblijfsmachtiging aan te vragen. Het betreft omstandigheden die een tijdelijke terugkeer van de vreemdeling naar zijn land van oorsprong, om er de noodzakelijke formaliteiten voor het indienen van een aanvraag van een machtiging tot verblijf te vervullen, onmogelijk of bijzonder moeilijk maken. De toepassing van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet, houdt met andere woorden een dubbel onderzoek in:

1. Een onderzoek dat de regelmatigheid of de ontvankelijkheid van de aanvraag betreft: Worden er buitengewone omstandigheden ingeroepen om het niet aanvragen van de machtiging in het buitenland te rechtvaardigen en zo ja, zijn deze aanvaardbaar? Indien dergelijke buitengewone omstandigheden niet voorhanden blijken te zijn, kan

<sup>1760</sup> E. SOMERS, “De beoordeling van ‘regularisatie’-aanvragen (art. 9bis Vw.) met criteria uit de instructie van 19 juli 2009 na de Raad van State-rechtspraak: rien ne va plus?”, *T. Vreemd.* 2013, 222 respectievelijk 210.

<sup>1761</sup> E. SOMERS, “De beoordeling van ‘regularisatie’-aanvragen (art. 9bis Vw.) met criteria uit de instructie van 19 juli 2009 na de Raad van State-rechtspraak: rien ne va plus?”, *T. Vreemd.* 2013, 223.

<sup>1762</sup> UNHCR, *Mapping Statelessness in Belgium: summary report*, Brussel, oktober 2012, 96.

de aanvraag van het verkrijgen van een verblijfsmachtiging niet in aanmerking worden genomen.

2. Een onderzoek dat de gegrondheid van de aanvraag betreft: Is er een reden om de vreemdeling te machtigen om langer dan drie maanden in het Rijk te verblijven? Desbetreffend beschikt de bevoegde overheid over een ruime appreciatiebevoegdheid.

De vreemdeling moet in zijn aanvraag klaar en duidelijk vermelden wat de buitengewone omstandigheden zijn die hem verhinderen om zijn verzoek bij de consulaire of diplomatieke dienst in het buitenland in te dienen. Hij dient met andere woorden aan te tonen dat het voor hem bijzonder moeilijk is om terug te keren naar zijn land van oorsprong of naar een land waar hij gemachtigd is te verblijven, om er zijn aanvraag van een verblijfsmachtiging in te dienen. Uit zijn uiteenzetting dient duidelijk te blijken waaruit het ingeroepen beletsel precies bestaat. Als typische buitengewone omstandigheden kunnen, volgens de rechtspraak van de Raad van State, onder meer worden aangevoerd, weliswaar naargelang de concrete omstandigheden van de zaak: de situatie van oorlog of burgeroorlog in het land van herkomst, de afwezigheid aldaar van een Belgische diplomatieke of consulaire post, vervolging in het land van herkomst, moeilijkheden om een paspoort of reistitel te bekomen, ernstige ziekte enz. Omstandigheden echter die bijvoorbeeld betrekking hebben op de lange duur van het verblijf in België, de lange duur van de asielprocedure, de goede integratie, het zoeken naar werk, het hebben van vele vrienden en kennissen, betreffen de gegrondheid van de aanvraag en kunnen derhalve niet verantwoorden waarom deze in België, en niet in het buitenland, is ingediend, aldus de rechtspraak van de Raad van State.<sup>1763</sup>

716. In een eerder beroep bij het Grondwettelijk Hof tot vernietiging werd tegen artikel 9bis Vreemdelingenwet de schending aangevoerd van artikelen 10, 11 en 191 Gw, in samenhang met artikelen 3 en 8 EVRM, omdat artikel 9bis de criteria die zijn bepaald in en voortvloeien uit artikel 3 en 8 EVRM, niet expliciet als criteria voor de afgifte van een machtiging tot verblijf vermeldt, terwijl deze artikelen uit het EVRM zich in bepaalde gevallen ertegen verzetten dat aan een vreemdeling een verblijfsrecht wordt onttrokken.<sup>1764</sup>

Volgens het Grondwettelijk Hof voorziet de Vreemdelingenwet, ten behoeve van de rechtszekerheid, reeds in specifieke procedures die het voor de vreemdelingen mogelijk maken, rekening houdend met hun specifieke toestand en na het optreden van een onafhankelijke instantie, om een aangepast verblijfsstatuut te verwerven, meer bepaald het medisch verblijfsstatuut (artikel 9ter Vreemdelingenwet), het statuut van subsidiaire bescherming (artikel 48/4 e.v. Vreemdelingenwet) en het statuut van de slachtoffers van mensenhandel of mensensmokkel (artikelen 61/2 tot 61/4 Vreemdelingenwet). In alle andere gevallen worden de 'buitengewone omstandigheden' inderdaad niet gedefinieerd en blijft de DVZ over de discretionaire beoordelingsbevoegdheid beschikken met betrekking tot het inhoudelijke onderzoek van een groot aantal aanvragen om machtigingen tot verblijf, ingediend door vreemdelingen op het Belgisch grondgebied. Het Grondwettelijk Hof oordeelt echter: *“Die discretionaire bevoegdheid kan evenwel niet aldus worden begrepen dat zij, zonder dat uitdrukkelijk wordt verwezen naar de noodzakelijke eerbiediging van verdragsrechtelijke grondrechten, de minister of zijn gemachtigde zou toestaan de artikelen 3 en 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens te schenden, derwijze dat aan een categorie van vreemdelingen het genot wordt onttrokken van de rechten die door die verdragsbepalingen worden gewaarborgd. Doordat zij een zorgvuldig onderzoek van iedere aanvraag vereist, biedt de bestreden regeling de mogelijkheid om elke aanvraag individueel,*

---

<sup>1763</sup> RvS 9 december 2009, nr. 198.769, punt 3.3.3.

<sup>1764</sup> GwH 26 juni 2008, nr. 95/2008, overw. B.5.-B.6.

*op grond van concrete elementen, te beoordelen in het licht van onder meer die verdragsbepalingen.”<sup>1765</sup>*

Nu niet langer criteria worden gehanteerd om aanvragen om machtigingen tot verblijf op basis van humanitaire gronden te beoordelen, kan uit dit arrest van het Grondwettelijk Hof worden afgeleid dat de DVZ, ondanks zijn discretionaire en ongebonden bevoegdheid, verplicht blijft om op individuele wijze de concrete elementen van de ingediende aanvragen op basis van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet zorgvuldig te onderzoeken in het licht van artikelen 3 en 8 EVRM, zelfs als er in deze aanvragen niet uitdrukkelijk wordt verwezen naar de noodzakelijke eerbiediging van deze grondrechten. Mijns inziens houdt dit in dat de DVZ ‘ambtshalve’ zal moeten overgaan tot een toetsing van de aanvragen in het licht van de artikelen 3 en 8 EVRM.

717. De procedure voor de afgifte van een verblijfsvergunning op humanitaire gronden kent derhalve een ontvankelijkheidsfase, waar de voorgelegde ‘buitengewone omstandigheden’ al dan niet worden aanvaard, en een gegrondheidsfase, die betrekking heeft op de redenen die worden voorgelegd om een verblijfsmachtiging te verwerven.

In beginsel verhindert het indienen van een aanvraag op grond van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet niet dat een bevel om het grondgebied te verlaten wordt afgegeven. Dit bevel kan evenwel niet worden uitgevoerd indien er aanwijzingen zijn dat de gedwongen verwijdering aanleiding zal geven tot de schending van een EVRM-bepaling. Wanneer de aanvraag ontvankelijk en gegrond wordt bevonden, zal de DVZ overgaan tot de afgifte van een verblijfsvergunning. Naargelang de omstandigheden van het individueel geval zal deze verblijfsvergunning van beperkte duur of onbeperkte duur zijn. Indien een verblijfsvergunning van beperkte duur wordt verleend, kan de DVZ voorwaarden opleggen voor de verdere verlenging van de verblijfsvergunning, bijvoorbeeld moet men aantonen dat men in staat is in zijn eigen behoeften door voorlegging van een arbeidscontract. De DVZ beslist over de omzetting van de tijdelijke verblijfsvergunning naar een definitieve verblijfsvergunning. Op basis van een verblijfsvergunning van beperkte duur heeft de vreemdeling toegang tot de arbeidsmarkt en/of het recht om zelfstandige arbeid uit te oefenen. De vreemdeling heeft, indien die behoeftig is, ook recht op maatschappelijke dienstverlening van het OCMW van de gewoonlijke verblijfplaats, inclusief de toegang tot medische zorgen en de betaling ervan door het OCMW. Eens een onbeperkt verblijf wordt verkregen is de vreemdeling vrijgesteld van een arbeidskaart of beroepskaart en heeft hij ook recht op een aantal overheidsuitkeringen vanuit sociale zekerheid of bijstand.

#### ii) Het verblijfsstatuut omwille van medische redenen

718. Vreemdelingen die reeds in België verblijven en lijden aan een ernstige ziekte kunnen onder bepaalde voorwaarden een verblijfsmachtiging bekomen. Artikel 9ter Vreemdelingenwet vormt de juridische basis voor de afgifte van een machtiging tot verblijf aan ernstig zieke vreemdelingen. Dit artikel werd in de Vreemdelingenwet gevoegd door de wet van 15 september 2006 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van de vreemdeling.<sup>1766</sup> Artikel 9ter voorziet: “*De in België verblijvende vreemdeling die zijn identiteit aantoont overeenkomstig § 2 en die op zodanige wijze lijdt aan een ziekte dat deze ziekte een reëel risico inhoudt voor zijn leven of fysieke integriteit of een reëel risico inhoudt*

---

<sup>1765</sup> GwH 26 juni 2008, nr. 95/2008, overw. B.6.

<sup>1766</sup> Ingevoegd bij art. 5 wet 15 september 2006, BS. 6 oktober 2006. Inwerkingtreding 1 juni 2007 bij KB 27 april 2007, BS. 21 mei 2007.

*op een onmenselijke of vernederende behandeling wanneer er geen adequate behandeling is in zijn land van herkomst of het land waar hij verblijft, kan een machtiging tot verblijf in het Rijk aanvragen bij de minister of zijn gemachtigde*".<sup>1767</sup>

Een aanvraag van een verblijfsvergunning op medische gronden kan in België zowel gedurende een legaal verblijf als vanuit een illegaal verblijf ingediend worden.<sup>1768</sup> In tegenstelling tot artikel 9bis Vreemdelingenwet hoeven er geen bijzondere omstandigheden bewezen te worden die verantwoorden waarom de aanvraag in België wordt ingediend. De vreemdeling moet daarentegen wel zijn identiteit en de nationaliteit aantonen om het bestuur toe te laten om te onderzoeken welke medische zorgen de aanvrager in zijn land van herkomst kan verkrijgen.<sup>1769</sup>

719. De concrete aanleiding voor de invoering van dit artikel werd gevormd door de omzetting van de zgn. Kwalificatierichtlijn 2004,<sup>1770</sup> maar er kan niet betwijfeld worden dat de vroegere rechtspraak van de Raad van State en de burgerlijke rechtbanken, minstens tot op zekere hoogte, de creatie van het bijzonder verblijfsstatuut voor vreemdelingen in een situatie van medische overmacht mee in de hand heeft gewerkt.<sup>1771</sup> Zoals reeds gesteld, blijkt uit de richtlijn zelf en uit de onderhandelingen die eraan vooraf gingen, dat de lidstaten evenwel niet de bedoeling hadden om de situatie van ernstig zieke vreemdelingen die niet verwijderd kunnen worden, onder de toepassing van de Kwalificatierichtlijn 2004 te laten vallen. Uit voorbereidende werken n.a.v. de omzetting van de Kwalificatierichtlijn 2004 in de nationale wetgeving blijkt evenwel dat de Belgische wetgever niettemin meende dat "*vreemdelingen die op zodanige wijze lijden aan een ziekte dat deze ziekte een reëel risico inhoudt voor hun leven of fysieke integriteit of een reëel risico inhoudt op een onmenselijke of vernederende behandeling wanneer er geen adequate behandeling is in hun land van herkomst of het land waar zij verblijven kunnen, tengevolge van de rechtspraak van het Europese Hof van de Rechten van de Mens, vallen onder de toepassing van artikel 15, b), van de richtlijn 2004/83/EG (onmenselijke of vernederende behandeling)*".<sup>1772</sup>

De Belgische overheid vond "*het niet opportuun om aanvragen van vreemdelingen die beweren ernstig ziek te zijn via de asielpprocedure te behandelen, en dit om de volgende redenen:*

- *De asielinstanties beschikken niet over de vereiste competenties om de medische situatie van een vreemdeling of de medische omkadering in het land van oorsprong of het land waar zij kunnen verblijven, in te schatten;*
- *De procedure bij de asielinstanties is niet geschikt om in dringende medische gevallen toegepast te worden. De tussenkomst van minstens twee instanties (CGVS-RVV) is strijdig met de nood om dadelijk een standpunt in te nemen;*

---

<sup>1767</sup> Voor een grondige bespreking, zie L. DENYS, "Van artikel 9, lid 1, 2 en 3 Vw. Naar artikelen 9, lid 1 en 2, 9 bis en 9 ter Vw.", *T. Vreemd.* 2007, 162-177.

<sup>1768</sup> RvV 28 oktober 2010, nr. 50.390: De transitzone van de luchthaven maakt effectief deel uit van het Belgisch grondgebied.

<sup>1769</sup> GwH 26 november 2009, nr. 193/2009.

<sup>1770</sup> Richtl.Raad 2004/83/EG, 29 april 2004 inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchteling of als persoon die anderszins internationale bescherming behoeft, en de inhoud van de verleende bescherming, *Pb.L.* 30 september 2004, 304/12.

<sup>1771</sup> Zie voor een bespreking van de vroegere rechtspraak: F. MOTULSKY en M. BOBRUSHKIN, "Le séjour des étrangers en Belgique et le contentieux 'medical'. Aperçu de quelques principes dégagés par la jurisprudence récente du tribunal de première instance de Bruxelles siégeant en référé et de la section d'administration du Conseil d'Etat", *J.T.T.* 1998, 281-287; L. LEJEUNE en F. MATHY, "La jurisprudence du Conseil d'Etat au contentieux médical des étrangers", *Rév.dr.étr.* 2002, 393-400; S. BOUCKAERT, "Medische aspecten van het vreemdelingenrecht en artikel 3 van het E.V.R.M. Een overzicht van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, de Raad van State en de burgerlijke rechtbanken", *T. Vreemd.* 2005, 186-203.

<sup>1772</sup> Memorie van toelichting, Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl.St.* Kamer 2005-2006, nr. 51-2478/001, 9.

– *Budgettaire: worden de asielinstanties ook voor deze problematiek bevoegd, dan zijn tal van bijkomende investeringen noodzakelijk (medische experten, uitbreiding opzoekingswerk naar situaties in het land van herkomst, bijkomend werk in beoordeling van de dossiers).*<sup>1773</sup>

Omwille van Kwalificatierichtlijn 2004 en als antwoord op de uitgebreide nationale rechtspraak m.b.t. ernstig zieke vreemdelingen, greep de Belgische overheid de omzetting van deze richtlijn aan om een bijzonder verblijfsstatuut uit te werken voor deze specifieke categorie van vreemdelingen met een aparte procedure. Want hoewel de Belgische overheid de bescherming van ernstig zieke vreemdelingen, die reeds in België verblijven, als een onderdeel van subsidiaire bescherming (een EU-geharmoniseerd beschermingsstatuut) zag, vond de regering dat een verschil in behandeling gerechtvaardigd was tussen de ernstig zieke vreemdelingen, die een machtiging tot verblijf in België moeten aanvragen, en de andere personen die de subsidiaire bescherming aanvragen, van wie de situatie in het kader van de asielprocedure wordt onderzocht. Met andere woorden, deze aparte procedure voor een specifieke groep van vreemdelingen met nood aan bescherming werd dus niet binnen het asielbeleid geplaatst maar wel binnen het migratiebeleid. Volgens de Belgische overheid is dit verschil in behandeling gerechtvaardigd door het objectief criterium van de grond van de aanvraag, naargelang het feit of die aanvraag wordt ingediend op basis van de ernstige ziekte waaraan de aanvrager lijdt, of op basis van een andere vorm van ernstige schade, die het mogelijk maakt om een beroep te doen op de subsidiaire bescherming. *“De elementen die tot staving van beide typen van aanvragen worden aangevoerd zijn immers fundamenteel verschillend: de aanvraag gebaseerd op een ander criterium voor toekenning van de subsidiaire bescherming vereist dat de verklaringen van de aanvrager op hun geloofwaardigheid worden beoordeeld (subjectief gegeven), daar waar de aanvraag gebaseerd op een ernstige ziekte in wezen gebaseerd is op een geneeskundig onderzoek (objectief gegeven).*<sup>1774</sup> De overheid meende dat een dergelijke objectieve diagnose niet kan worden gesteld door de Belgische autoriteiten (bijvoorbeeld asielinstanties) maar medisch advies vereist. Men wilde de asielinstanties dan ook niet belasten met aanvragen die ze niet kunnen behandelen en waarover ze zich niet rechtstreeks kunnen uitspreken.

720. De uitsluiting van aanvragen voor verblijfsmachtiging tot medische gronden van de asielprocedure werd betwist voor het Grondwettelijk Hof. Ook het Grondwettelijk Hof stelde dat het verschil in behandeling wordt verantwoord door de aard van het onderzoek dat moet worden gevoerd, nl. een objectief onderzoek, omdat het gebaseerd is op medische vaststellingen. Artikel 9ter doet geen afbreuk aan de mogelijkheid om het statuut van subsidiaire bescherming te genieten maar organiseert enkel een parallelle procedure naast de asielprocedure. Er moet immers niet enkel rekening worden gehouden met de gezondheidstoestand van de aanvrager, maar ook met het adequaat karakter van de medische behandeling in het land van herkomst of in het land waar hij verblijft en er moet ook worden onderzocht of de aanvrager toegang heeft tot de medische behandeling in dat land. Wanneer de procedure op grond van artikel 9ter dat niet mogelijk zou maken, dan kan de vreemdeling nog steeds gebruik maken van de procedure van subsidiaire bescherming om dit alsnog te laten onderzoeken ter eerbiediging van artikel 3 EVRM. Een weigering van de machtiging tot verblijf op grond van artikel 9ter Vreemdelingenwet betekent volgens het Grondwettelijk Hof, niet noodzakelijk dat de vreemdeling niet de subsidiaire bescherming zou kunnen genieten.<sup>1775</sup>

---

<sup>1773</sup> Memorie van toelichting, Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl. St.* Kamer 2005-2006, nr. 51-2478/001, 9-12.

<sup>1774</sup> Memorie van toelichting, Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl. St.* Kamer 2005-2006, nr. 51-2478/001, 10.

<sup>1775</sup> GwH 26 juni 2008, nr. 95/2008, overw. B.7 tot en met B.15. Zie ook GwH 21 maart 2013, nr. 43/2013.

Het verschil in behandeling tussen ernstig zieke vreemdelingen, die een machtiging tot verblijf in België moeten aanvragen, en de andere personen die de subsidiaire bescherming aanvragen, maakt momenteel voorwerp uit van prejudiciële vragen van het Grondwettelijk Hof<sup>1776</sup> en de arbeidsrechtbank van Brussel<sup>1777</sup> aan het Hof van Justitie. De zaak die aanleiding geeft tot de prejudiciële vraag van het Grondwettelijk Hof, betreft een vreemdeling die een verblijfsrecht heeft verworven op basis van artikel 9<sup>ter</sup> van de Vreemdelingenwet, maar die wordt uigesloten van de tegemoetkoming aan personen met een handicap omdat hij niet over de vluchtelingenstatus beschikt. De vreemdeling stelt beroep in bij de Arbeidsrechtbank in Luik, die meent dat de Belgische regelgeving in strijd is met het Unierecht omdat de machtiging tot verblijf om medische redenen deel uitmaakt van dezelfde internationale bescherming als de vluchtelingenstatus in het Unierecht. Het Grondwettelijk Hof vraagt in eerste orde aan het Hof van Justitie verduidelijking over de vraag of personen die door een administratieve overheid gemachtigd worden tot een verblijf omwille van medische reden (m.n. omdat ze lijden aan een ziekte die een reëel risico inhoudt voor hun leven of fysieke integriteit of een reëel risico op een onmenselijke of vernederende behandeling wanneer er geen adequate behandeling is in hun land van herkomst of het land waar zij verblijven) evenzeer onder toepassing van de Kwalificatierichtlijn vallen, en dus recht hebben op sociale voorzieningen en gezondheidszorg, net als vreemdelingen aan wie subsidiaire bescherming wordt toegekend door een onafhankelijke autoriteit. Hierdoor zal het Hof van Justitie zich moeten uitspreken over of de vraag of de afgifte van een verblijfsmachtiging om medische redenen op basis van artikel 9<sup>ter</sup> van de Vreemdelingenwet deel uitmaakt van de subsidiaire bescherming, als een EU-geharmoniseerd beschermingsstatuut, dan wel of het eerder als nationale bijkomende bescherming moet worden aangemerkt. De conclusies van advocaat-generaal Bot zijn reeds beschikbaar en hij stelt zeer duidelijk dat de bescherming van een vreemdeling die lijdt aan een ernstige ziekte en die bij verwijdering naar zijn land van herkomst een reëel risico loopt om te worden blootgesteld aan een onmenselijke of vernederende behandeling wegens een gebrek aan adequate medische behandeling in dat land van herkomst, niet kan worden aangeduid als subsidiaire bescherming in de zin van de Kwalificatierichtlijn.<sup>1778</sup>

721. De drempel die wordt gehanteerd om de bescherming onder artikel 9<sup>ter</sup> Vreemdelingenwet te activeren, zorgt voor uiteenlopende rechtspraak. Aanleiding daarvoor is de strikte en hoge drempel die door DVZ wordt gehanteerd, waarbij wordt verwezen naar de rechtspraak van het EHRM inzake artikel 3 van het EVRM bij de verwijdering van zieke vreemdelingen. De DVZ oordeelt op basis hiervan dat enkel aandoeningen die direct levensbedreigend zijn in de zin dat er sprake is van een kritieke gezondheidstoestand of een vergevorderd stadium van de ziekte, aanleiding kunnen geven tot bescherming onder artikel 9<sup>ter</sup> van de Vreemdelingenwet. Indien de ziekte niet direct levensbedreigend is, dient volgens de DVZ er dan ook geen verder onderzoek te gebeuren naar de mogelijkheden van een behandeling in het land van herkomst.

Er tekende zich in de rechtspraak een tegenstelling af tussen een meer tekstuele en letterlijke interpretatie van artikel 9<sup>ter</sup> Vreemdelingenwet, enerzijds, en een meer teleologische interpretatie van het bedoelde artikel, anderzijds.

De meer teleologische interpretatie, die in de Franstalige rechtspraak van de Raad van State eerder naar voor werd geschoven, verwijst naar de voorbereidende werken m.b.t. artikel 9<sup>ter</sup> van de Vreemdelingenwet en de bedoeling van de Belgische wetgever om hierdoor artikel 15 b)

---

<sup>1776</sup> GwH 26 september 2013, nr. 124/2013 en HvJ C-542/13, *M'Bodj*, hangende zaak.

<sup>1777</sup> Arbsrb. Brussel 25 oktober 2013, R.G. nr. 2011/AB/392 en HvJ C-562/13, *Abida*, hangende zaak.

<sup>1778</sup> HvJ 17 juli 2014, conclusies van advocaat-generaal Bot in zaak nr. C-542/13, *M'Bodj*, par. 40-71 en HvJ 4 september 2014, conclusies van advocaat-generaal Bot in zaak nr. C-562/13, *Abida*, par. 63-91.

van de Kwalificatierichtlijn om te zetten, dat inhoudelijk overeenkomt met artikel 3 EVRM. Het gegeven dat artikel 9<sup>ter</sup> verschillende hypothesen van ziekten voorziet, betekende volgens deze rechtspraak niet dat artikel 9<sup>ter</sup> een andere toepassing heeft dan artikel 3 EVRM.<sup>1779</sup>

Zowel de Franstalige als Nederlandstalige rechtspraak van de Raad van State wijzen erop dat hoewel het EHRM inderdaad vaak de behandelingsmogelijkheden in het land van herkomst en de familiale situatie van de vreemdeling onderzoekt, het toch besluit dat geen schending van artikel 3 van het EVRM kan worden aanvaard indien er geen ernstige, kritieke gezondheidstoestand is en dit ongeacht de resultaten van het voornoemde onderzoek. Franstalige rechtspraak van de Raad van State meende dan ook dat de DVZ terecht kan stellen dat de vreemdeling kan worden uitgesloten van de toepassing van artikel 3 van het EVRM indien geen vergevorderd, kritiek, dan wel terminaal of levensbedreigend karakter van zijn aandoening blijkt. Volgens de Franstalige rechtspraak van de Raad van State hoefde in dat geval geen verder onderzoek naar de behandelingsmogelijkheden in het land van herkomst te worden gedaan.<sup>1780</sup>

De Nederlandstalige afdeling van de Raad van State oordeelde daarentegen dat uit de lezing van artikel 9<sup>ter</sup> Vreemdelingenwet duidelijk blijkt dat het artikel twee mogelijkheden inhoudt wat betreft de ziekte van de betrokkene: de ziekte houdt een reëel risico voor zijn leven of fysieke integriteit in, of zij houdt een reëel risico op een onmenselijke of vernederende behandeling door een gebrek aan adequate behandeling in het land van herkomst in. De tweede mogelijkheid, met name het reëel risico op een onmenselijke of vernederende behandeling door een gebrek aan adequate behandeling in het land van herkomst, is daarbij geenszins afhankelijk van de eerste mogelijkheid, met name een reëel risico voor het leven of de fysieke integriteit van de betrokkene.<sup>1781</sup>

Hoewel in de voorbereidende werken wordt gesteld dat het onderzoek van de vraag of er een gepaste en voldoende toegankelijke behandeling bestaat in het land van herkomst of verblijf, geval per geval gebeurt, rekening houdend met de individuele situatie van de aanvrager en of dit wordt geëvalueerd binnen de limieten van de rechtspraak van het EHRM,<sup>1782</sup> oordeelde de Nederlandstalige afdeling van de Raad van State dat deze verwijzing naar artikel 3 EVRM geen afbreuk deed aan de niet voor interpretatie vatbare tekst van de wet zelf. De verwijzing naar artikel 3 EVRM in de voorbereidende werken is volgens de Raad van State niet relevant en absoluut niet dienstig voor wat betreft beslissingen over een aanvraag van een machtiging tot verblijf, die immers van een verwijderingsmaatregel zijn te onderscheiden. De omstandigheid dat artikel 3 van het EVRM als hogere norm ten aanzien van de Vreemdelingenwet geldt en mogelijkwijze een lagere vorm van bescherming voorziet, vormt hoe dan ook geen beletsel voor de toepassing van artikel 9<sup>ter</sup>, § 1, eerste lid, van die wet zoals hierboven beschreven. Het EVRM bevat immers minimumnormen en belet geenszins een ruimere bescherming in de interne wetgeving van de verdragspartijen.<sup>1783</sup>

Artikel 9<sup>ter</sup> bevat twee hypothesen, waarvan de laatste losstaat van en verder gaat dan de basisvereiste voor de toepassing van artikel 3 van het EVRM. Het vormt een schending van artikel 9<sup>ter</sup> van de Vreemdelingenwet om de aanvraag van een machtiging tot verblijf te verwerpen, enkel omdat niet aan de voorwaarden van artikel 3 van het EVRM werd voldaan en zonder daarbij verder te onderzoeken of het gaat om een ziekte die een reëel risico inhoudt

<sup>1779</sup> C.E. 19 november 2013, nr. 225.522 en 225.523.

<sup>1780</sup> C.E. 19 november 2013, nr. 225.522 en 225.523 en RvS 28 november 2013, nr. 225.632.

<sup>1781</sup> RvS 19 juni 2013, nr. 223.961.

<sup>1782</sup> Memorie van toelichting, Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl.St.* Kamer 2005-2006, nr. 51-2478/001, 34-36.

<sup>1783</sup> RvS 19 juni 2013, nr. 223.961



op een onmenselijke of vernederende behandeling wanneer er geen adequate behandeling is in het land van herkomst.<sup>1784</sup> Het gebruik van artikel 3 EVRM en de bijhorende rechtspraak van het EHRM als enige maatstraf voor de beoordeling van de nood aan bescherming onder artikel 9<sup>ter</sup> van de Vreemdelingenwet, wordt hiermee door de Nederlandstalige afdeling van de Raad van State een halt toegeroepen aangezien de bewoordingen van artikel 9<sup>ter</sup> Vreemdelingenwet op zichzelf dienen te worden begrepen en aldus een ruimere bescherming voorzien dan artikel 3 EVRM.

Door deze rechtspraak verbreekt de Nederlandstalige afdeling van de Raad van State elke strikte band tussen artikel 9<sup>ter</sup> Vreemdelingenwet en artikel 3 EVRM, ondanks de oorspronkelijke bedoelingen van de wetgever, en neemt het hiermee een andere stelling in dan de Franstalige afdeling van de Raad van State.

Het gevolg was dat er een grote discrepantie bestaat tussen de Franstalige en Nederlandstalige rechtspraak van de Raad van State waarbij een minimale teleologische interpretatie van artikel 9<sup>ter</sup>, geënt op de rechtspraak inzake artikel 3 EVRM, wordt gepositioneerd tegenover een ruimere tekstuele interpretatie van artikel 9<sup>ter</sup> van de Vreemdelingenwet.

Enkel een standpunt ingenomen door een arrest van de verenigde kamers of van de Algemene Vergadering van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen<sup>1785</sup>, een arrest van de Algemene Vergadering van de Raad van State of een arrest van de verenigde kamers van de Raad van State<sup>1786</sup> leek er voor te kunnen zorgen dat op dit punt een éénheid van rechtspraak werd bereikt.

Zover kwam het echter niet. Op 16 oktober 2014 preciseert de Franstalige afdeling van de Raad van State de strekking van artikel 9<sup>ter</sup> van de vreemdelingenwet. De Raad maakt bijgevolg een einde aan het risico dat de werkingssfeer van respectievelijk dat artikel 9<sup>ter</sup> en artikel 3 EVRM in de rechtspraak op verschillende wijze zou worden geïnterpreteerd. In het arrest wordt vooreerst toegelicht waarom het voornoemde artikel 9<sup>ter</sup> als een op zichzelf staand (autonoom) artikel moet worden opgevat, louter met verwijzing naar het intern recht en niet ten opzichte van een regel van afgeleid Europees recht. Vervolgens wijst het arrest op de klaarblijkelijke wens van de wetgever om die mogelijkheid een machtiging tot verblijf te krijgen alleen voor ernstig zieke vreemdelingen te laten gelden. Voorts worden de twee gevallen uiteengezet waarin een dergelijke machtiging tot verblijf kan worden toegekend, namelijk enerzijds wanneer een ziekte een reëel risico inhoudt voor het leven of de fysieke integriteit van de persoon in welk geval zelfs niet overwogen wordt de vreemdeling te verwijderen en anderzijds wanneer de ziekte weliswaar ernstig is maar niet a priori uitsluit dat de vreemdeling naar zijn land van herkomst wordt teruggeleid, terwijl er, doordat er in dat land geen adequate behandeling voorhanden is, een reëel gevaar bestaat dat de zieke een onmenselijke of vernederende behandeling moet ondergaan. Tevens wordt er in het arrest op gewezen dat, sinds de wet van 8 januari 2012, de aanvraag tot verblijf niet-ontvankelijk kan worden verklaard indien de aangevoerde ziekte kennelijk niet ernstig is in de zin van de twee voornoemde gevallen, ongeacht of in het land van herkomst toegankelijke zorgverlening bestaat. (zgn. medische filter) De Raad van State komt tot het besluit dat de werkingssfeer van artikel 9<sup>ter</sup> van de wet ruimer is dan de werkingssfeer van artikel 3 EVRM, gelet op de huidige rechtspraak van het EHRM, inzonderheid omdat er niet van uitgegaan mag worden dat de Belgische wetgever de machtiging tot verblijf waarin de wet voorziet, uiteindelijk zou hebben willen doen lijken op een loutere “vergunning om te sterven” op het Belgisch grondgebied.<sup>1787</sup>

---

<sup>1784</sup> RvS 28 november 2013, nr. 225.632.

<sup>1785</sup> Art. 39/11 en 39/12 Vreemdelingenwet.

<sup>1786</sup> Art. 92, § 2 van de gecoördineerde wetten van 12 januari 1997 op de Raad van State.

<sup>1787</sup> RvS 16 oktober 2014, nr. 228.778.

Zo vindt bij de Raad van State de Franstalige rechtspraak terug aansluiting bij de Nederlandstalige rechtspraak.

722. Het feit dat een aparte procedure werd ingesteld maakte ook de weg vrij om, in tegenstelling tot de asielprocedure, veel meer de nadruk te leggen op formele elementen, waardoor de Belgische overheid in staat is om een zekere controle te behouden op deze bijzondere verblijfsprocedure.

De procedure voor de afgifte van een verblijfsvergunning op medische gronden is zeer formeel en in principe enkel schriftelijk. De procedure kent een ontvankelijkheidsfase en een gegrondheidsfase, maar er werden geen termijnen verbonden aan de tijd van behandeling.

In de ontvankelijkheidsfase wordt van de vreemdeling verwacht dat hij, bij aangetekend schrijven, zijn aanvraag naar de DVZ stuurt en dat deze aanvraag de vereiste documenten en bewijzen bevat. Indien de aanvraag niet voldoet aan deze vereisten en voorwaarden, zal de aanvraag onontvankelijk worden verklaard.<sup>1788</sup> Zo dient de vreemdeling o.m. zijn identiteit aan te tonen, dient hij een standaard medisch getuigschrift te overhandigen waarin zowel de ziekte, de graad van ernst als de noodzakelijk geachte behandeling worden vermeld, en tenslotte dienen alle nuttige en recente inlichtingen aangaande de ziekte te worden meegedeeld alsook de mogelijkheden en de toegankelijkheid tot een adequate behandeling in zijn land van herkomst of in het land waar hij verblijft.<sup>1789</sup>

Wat betreft het aantonen van identiteit, dit is de identificatieplicht zoals voorzien in artikel 9ter, § 2 van de Vreemdelingenwet<sup>1790</sup>, moet worden opgemerkt dat het wettelijk mogelijk is voor een vreemdeling om parallel zowel een asielaanvraag in te dienen als een aanvraag om verblijf op medische gronden. Zolang de asielaanvraag nog niet definitief werd afgewezen of er is een toelaatbaar cassatieberoep bij de Raad van State, is de vreemdeling vrijgesteld van deze identificatieplicht.<sup>1791</sup>

Naast een onderzoek naar deze formele elementen, kan in de ontvankelijkheidsfase al een eerste toets plaats hebben naar de voorgelegde medische aandoeningen. Met het opzet misbruik tegen te gaan werd een zogenaamde medische filter ingevoerd.<sup>1792</sup> Deze eerste toets houdt in dat een geneesheer, als ambtenaar verbonden aan de DVZ (hierna: ambtenaar-geneesheer), nagaat of er sprake is van een ziekte die kennelijk niet beantwoordt aan een ziekte zoals voorzien in artikel 9ter, § 1, eerste lid, van de Vreemdelingenwet die aanleiding kan geven tot het bekomen van een machtiging tot verblijf in het Rijk.<sup>1793</sup> De ambtenaar-geneesheer gaat na of de voorgelegde medische aandoeningen op eerste gezicht voldoen aan de risicovereiste van artikel 9ter van de Vreemdelingenwet. Indien de ambtenaar-geneesheer oordeelt dat het risico kennelijk afwezig is omdat de voorgelegde medische aandoening niet voldoende ernstig is, dan wordt de aanvraag onontvankelijk verklaard. In het licht van deze zgn. medische filter, is een juist begrip van de draagwijdte die dient te worden toegekend aan artikel 9ter Vreemdelingenwet, dan ook heel erg belangrijk. In die zin verschaft de recente rechtspraak van de Raad van State dan ook de nodige verduidelijking.

---

<sup>1788</sup> Art. 9ter, § 3, 1°, 2° en 3°, Vreemdelingenwet.

<sup>1789</sup> Art. 9ter, § 1, Vreemdelingenwet.

<sup>1790</sup> Zie hierover GwH 26 november 2009, nr. 2009/193.

<sup>1791</sup> Art. 9ter, § 2, laatste lid, Vreemdelingenwet.

<sup>1792</sup> Zie Verslag namens de Commissie voor de Binnenlandse Zaken, de Algemene Zaken en het Openbaar Ambt uitgebracht door de dames Jacqueline GALANT en Nahima LANJRI bij het Wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl.St.* Kamer 2011-2012, nr. 53-1824/006. Zie Wet van 28 januari 2012 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *BS* 6 februari 2012.

<sup>1793</sup> Art. 9ter, § 3, 4°, Vreemdelingenwet.

Is de aanvraag ontvankelijk dan wordt deze onderzocht op de medische gegrondheid ervan. Enkel de ambtenaar-geneesheer zal een beoordeling kunnen maken van het risico, van de mogelijkheden voor een adequate behandeling, van de toegankelijkheid tot de behandeling in zijn land van herkomst of het land waar hij verblijft, van de in het medisch getuigschrift vermelde ziekte, de graad van ernst van de ziekte en de noodzakelijk geachte behandeling.<sup>1794</sup> Hij kan daarvoor de vreemdeling oproepen voor een onderzoek, maar is daartoe niet verplicht. Indien nodig, kan hij ook het advies inwinnen van een externe medische deskundige. De geneesheer-ambtenaar maakt vervolgens zijn advies over aan de DVZ. Het is de DVZ die de beslissing neemt op basis van het overgemaakte advies alsook andere elementen, zoals de openbare orde of nationale veiligheid.<sup>1795</sup>

723. Het indienen van een aanvraag van een machtiging tot verblijf wegens medische redenen, wijzigt de verblijfsstatus van de betrokken vreemdeling niet. Verbleef hij reeds in een legaal verblijf, dan behoudt hij dat. Verbleef hij in een illegaal verblijf, dan zal hij ook na de indiening van de aanvraag illegaal verblijven. De DVZ mag echter de verwijderingsmaatregel niet uitvoeren als in de aanvraag op basis van artikel 9ter Vreemdelingenwet wordt gesteld dat omwille van de gezondheidstoestand van de vreemdeling de terugkeer naar het land van herkomst of verblijf een reëel risico inhoudt op een onmenselijke of vernederende behandeling én omtrent dit argument niet wordt gemotiveerd in de verwijderingsmaatregel van de DVZ.<sup>1796</sup> In deze fase van de procedure geniet de betrokkene eventueel over een recht op dringende medische hulp.

Wordt de aanvraag van een machtiging tot verblijf wegens medische redenen ontvankelijk verklaard, dan ontvangt de vreemdeling een voorlopige verblijfsvergunning met een geldigheidsduur van drie maanden. Deze verblijfsvergunning kan gedurende de behandeling van de aanvraag in de gegrondheidsfase driemaal verlengd worden voor telkens drie maanden. Na een jaar wordt het verlengd met een duur van telkens één maand.<sup>1797</sup> Op basis van dit tijdelijk verblijfsrecht, heeft de vreemdeling vervolgens toegang tot de arbeidsmarkt. De vreemdeling heeft, indien hij behoeftig is, ook recht op maatschappelijke dienstverlening, inclusief de toegang tot medische zorgen en de betaling ervan door het OCMW.

Wordt de aanvraag van machtiging tot verblijf wegens medische redenen echter onontvankelijk verklaard, dan ontvangt de vreemdeling een onontvankelijkheidsbeslissing. Er kan dan een bevel worden afgegeven om het grondgebied te verlaten, maar de DVZ zal de betrokkene echter in beginsel niet gedwongen verwijderen als de medische situatie zo ernstig is dat een verwijdering een schending van artikel 3 EVRM uitmaakt.<sup>1798</sup>

---

<sup>1794</sup> Art. 9ter, § 1, Vreemdelingenwet. Deze ambtenaar-geneesheer behoort administratief wel tot de Dienst Vreemdelingenzaken, maar wordt volledig vrijgelaten in zijn appreciatie van medische elementen, waarbij de eed van Hippocrates geldt. Zie Memorie van toelichting, Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl.St.* Kamer 2005-2006, nr. 51-2478/001, 35.

<sup>1795</sup> De DVZ mag een weigeringsbeslissing nemen als er elementen van openbare orde of nationale veiligheid zijn. De Belgische overheid heeft echter gesteld dat ook hier de vreemdeling niet zal worden verwijderd indien hij dermate ziek is dat zijn verwijdering een schending van artikel 3 EVRM zou zijn. Memorie van toelichting, Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl.St.* Kamer 2005-2006, nr. 51-2478/001, 36.

<sup>1796</sup> Memorie van toelichting, Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl.St.* Kamer 2005-2006, nr. 51-2478/001, 35.

<sup>1797</sup> Zie punt D. van de omzendbrief van 21 juni 2007 betreffende de wijzigingen in de reglementering betreffende het verblijf van vreemdelingen tengevolge van de inwerkingtreding van de wet van 15 december 2006, *B.S.* 4 juni 2007.

<sup>1798</sup> Memorie van toelichting, Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl.St.* Kamer 2005-2006, nr. 51-2478/001, 35.

Wordt de aanvraag gegrond verklaard dan wordt de vreemdeling gemachtigd tot een tijdelijk en voorwaardelijk verblijf. De afgeleverde verblijfsvergunning is één jaar geldig maar hernieuwbaar.<sup>1799</sup> De vreemdeling krijgt voorts ook toegang tot een aantal voorzieningen van het sociale zekerheidsstelsel. Het verblijfsrecht kan echter door de DVZ te allen tijde worden ingetrokken indien men van mening is dat de medische gronden die aanleiding gaven tot de toekenning van het statuut niet meer aanwezig zijn. Deze intrekking kan enkel plaatsvinden indien de verbetering van de gezondheidssituatie een voldoende ingrijpend en niet-voorbijgaand karakter heeft. Een vreemdeling die na vijf jaar nog steeds onder de bescherming van het medisch statuut valt, krijgt een verblijfsrecht van onbepaalde duur.<sup>1800</sup>

Is de aanvraag ongegrond, dan wordt de weigeringsbeslissing vergezeld door een apart bevel om het grondgebied te verlaten. Ook hier kunnen elementen van openbare orde, nationale veiligheid of fraude leiden tot uitsluiting of intrekking van het verblijfsstatuut.

### iii) Het verblijfsstatuut voor slachtoffers van mensenhandel en voor slachtoffers van zwaardere vormen van mensensmokkel

724. Vreemdelingen die het slachtoffer zijn van mensenhandel kunnen in aanmerking komen voor een verblijfsstatus. Mensenhandel wordt in artikel 433<sup>quinqies</sup> van het Strafwetboek gedefinieerd als de werving, het vervoer, de overbrenging, de huisvesting, en de opvang van een persoon, de wisseling of de overdracht van de controle over hem, teneinde de laatstgenoemde persoon uit te kunnen buiten. De uitbuiting omvat:

- seksuele uitbuiting,
- uitbuiting van bedelarij,
- economische uitbuiting via werk,
- het wegnemen van organen, en
- het feit dat men een persoon tegen zijn wil een misdaad of een wanbedrijf doet plegen.

In beginsel is niet relevant of het slachtoffer heeft ingestemd met deze praktijken, behalve voor wat betreft de laatst beschreven situatie.

725. Mensensmokkel wordt in artikel 77<sup>bis</sup> Vreemdelingenwet gedefinieerd als het ertoe bijdragen, op welke manier dan ook, rechtstreeks of via een tussenpersoon, dat een persoon die geen onderdaan is van een lidstaat van de Europese Unie binnenkomt, erdoor reist of aldaar verblijft, met het oog op het direct of indirect verkrijgen van een vermogensvoordeel. Er is sprake van verzwarende omstandigheden, zoals uiteengezet in artikel 77<sup>quater</sup> Vreemdelingenwet, als er misbruik werd gemaakt van de minderjarigheid van de betrokken vreemdeling, of van de bijzonder kwetsbare situatie (onwettige administratieve toestand, zwangerschap, ziekte, een lichamelijk of geestelijk gebrek, enz.) van de betrokken vreemdeling, of wanneer direct of indirect gebruik werd gemaakt van listige kunstgrepen, geweld, bedreigingen of enige vorm van dwang of wanneer het leven van een vreemdeling in gevaar werd gebracht, opzettelijk of door grove nalatigheid, of als het misdrijf een ongeneeslijk lijkende ziekte, hetzij een blijvende fysieke of psychische ongeschiktheid, hetzij het volledig verlies van een orgaan of van het gebruik van een orgaan, hetzij een zware verminking heeft veroorzaakt.

728. In de artikelen 61/2 tot en met 61/5 Vreemdelingenwet wordt een verblijfsprocedure vastgesteld die toegang geeft tot een verblijfsstatuut voor de slachtoffers van mensenhandel of

---

<sup>1799</sup> Art. 8 KB 17 mei 2007 tot vaststelling van de uitvoeringsmodaliteit van de wet van 15 september 2006, B.S. 31 mei 2007.

<sup>1800</sup> Art. 13, § 1, Vreemdelingenwet en art. 10 KB 17 mei 2007 tot vaststelling van de uitvoeringsmodaliteit van de wet van 15 september 2006, B.S. 31 mei 2007.

van verzwaarde vormen van mensensmokkel. Deze bepalingen werden in de Vreemdelingenwet ingevoegd n.a.v. de omzetting van de richtlijn 2004/81/EG van de Raad betreffende de verblijfstitel die in ruil voor samenwerking met de bevoegde autoriteiten, wordt afgegeven aan onderdanen van derde landen die het slachtoffer zijn van mensenhandel of hulp hebben gekregen bij illegale immigratie. De bepalingen zijn echter ook een formalisering van een voorheen bestaande administratieve praktijk gebaseerd op een omzendbrief van 1994.<sup>1801</sup> België heeft evenwel gebruik gemaakt van de mogelijkheid in artikel 4 van de richtlijn 2004/81/EG om gunstigere bepalingen vast te stellen.

De filosofie achter het Belgisch beleid op het gebied van de strijd tegen de mensenhandel en de zwaardere vormen van smokkel heeft de zorg en bescherming van slachtoffers als centraal doel voor ogen, en beperkt zich niet tot een louter repressief beleid.<sup>1802</sup> Het geeft een centrale plaats aan het slachtoffer via een sociale en multidisciplinaire benadering. De slachtoffers van mensenhandel en/of bepaalde zwaardere vormen van mensensmokkel worden geholpen door middel van juridische en administratieve opvolging, psychologische en medische opvolging, en sociale opvolging, evenwel zonder afbreuk te doen aan de noodzaak om te strijden tegen de daders en/of de netwerken.

De bescherming die door België wordt toegekend verschilt van het EU-geharmoniseerd beschermingsmechanisme doordat het betrekking heeft zowel op slachtoffers van mensenhandel als slachtoffers van zwaardere vormen van mensensmokkel, waarbij geen onderscheid wordt gemaakt tussen EU- en niet-EU-onderdanen. De bescherming wordt eveneens verleend aan niet-begeleide minderjarige vreemdelingen. Tenslotte kan de relevante verblijfsprocedure leiden tot een verblijfstitel van onbeperkte duur.

729. Het komt aan de politie- en inspectiediensten toe, indien zij over aanwijzingen beschikken, om mogelijke slachtoffers op correcte wijze te informeren over de beschermingsstatus die ze zouden kunnen bekomen in ruil voor samenwerking met de autoriteiten die belast zijn met het onderzoek naar of de vervolging van deze misdrijven. De politie- en inspectiediensten moeten alle potentiële slachtoffers naar één van de drie centra doorverwijzen die erkend zijn door de overheid en gespecialiseerd zijn in de begeleiding van de slachtoffers. Deze centra beschikken over een opvanghuis waarin de slachtoffers kunnen worden gehuisvest, indien dat nodig is. Deze huisvesting is beperkt in de tijd. De slachtoffers kunnen ook op ambulante wijze begeleid worden, ofwel na een huisvesting in het centrum, ofwel rechtstreeks, naargelang het geval. De centra verstrekken psychologische en medische hulp aan de slachtoffers, zodat die hun trauma's kunnen verwerken. Ze verstrekken medische zorgen, helpen hen om op eigen benen te staan en om een toekomstproject te creëren. Bovenal zijn de centra bevoegd om de aanvragen voor verblijfsdocumenten en verlengingen gedurende de verblijfsprocedure rechtstreeks bij de DVZ in te dienen. De centra verzekeren ook de

---

<sup>1801</sup> Zie hierover meer in I. AENDENBOOM, "De wetgeving tot bestrijding van de mensenhandel: roeien met de juridische riemen die men heeft", *T. Vreemd.* 2003, 5-20; I. AENDENBOOM, "Nieuwe wetsbepalingen tot versterking van de strijd tegen mensenhandel en mensensmokkel. Een overzicht in vogelvlucht.", *T. Vreemd.* 2005, 340-344 en I. AENDENBOOM, "Van doe-het-zelf tot designer? Aanpassingen verblijfsregeling slachtoffers mensenhandel", *T. Vreemd.* 2007, 85-92; I. AENDENBOOM, "Nieuwe bepalingen inzake de verblijfsregeling voor slachtoffers mensenhandel en mensensmokkel: een stap naar meer rechtszekerheid?", in M.-C. FOLETS, S. LUST, D. VANHEULE en Ph. DE BRUYCKER (eds), *Migratie- en migrantenrecht deel 12 De nieuwe Vreemdelingenwet: België in lijn met de Europese regelgeving*, Brugge, die Keure, 2007, 91-106; E. VAN DER SIJPT en P. HERBOTS, "De verblijfsrechtelijke bescherming van slachtoffers van mensenhandel en -smokkel", *R.W.* 2007-2008, 1010-1030; G. VERMEULEN, "Visa: een instrument in de strijd tegen mensensmokkel en mensenhandel?", *T. Vreemd.* 2007, 194-200.

<sup>1802</sup> M.-A. BEERNAERT, M.-A. en P. LE COCQ, "La loi du 10 août 2005 modifiant diverses dispositions en vue de renforcer la lutte contre la traite et le trafic des êtres humains et contre les pratiques des marchands de sommeil", *R.D.P.* 2006, 335-406. C. HUBERTS, "Les innovations de la loi du 10 août 2005 modifiant diverses dispositions en vue de renforcer la lutte contre la traite des êtres humains et contre les pratiques des marchands de sommeil", *J.D.J.* 2006, 6-22.

verdediging van de rechten en belangen van het slachtoffer in de loop van de gerechtelijke procedure, met name dankzij de eventuele bijstand van een advocaat, een tolk en de burgerlijke partijstelling.

730. Om toegang te krijgen tot het verblijfsstatuut, dient de betrokken vreemdeling aan drie cumulatieve voorwaarden te voldoen. De contacten met de veronderstelde dader(s) moeten verbroken zijn; de vreemdeling wordt begeleid door een gespecialiseerd onthaalcentrum dat erkend wordt door de bevoegde overheden en de vreemdeling werkt samen met de betrokken overheden aan het gerechtelijk onderzoek door verklaringen af te leggen, of een klacht in te dienen of gevolg te geven aan de vragen om inlichtingen van de gerechtelijke diensten. De verblijfsprocedure bestaat uit vier verschillende fasen.

In de eerste fase wordt een reflectieperiode toegekend aan het slachtoffer en dit door middel van de afgifte van een 'bevel om het grondgebied te verlaten' met een geldigheidsduur van 45 dagen. Deze 45 dagen worden toegekend om het slachtoffer in staat te stellen om weer op krachten te komen en tot rust te komen. Tijdens deze periode moet het slachtoffer een beslissing nemen. Ofwel besluit het slachtoffer om verklaringen af te leggen of een klacht in te dienen; ofwel besluit het slachtoffer om zijn terugkeer naar het land van herkomst voor te bereiden.

Indien het slachtoffer een klacht heeft ingediend of verklaringen heeft afgelegd, wordt in de tweede fase van de verblijfsprocedure een attest van immatriculatie (AI) van drie maanden afgegeven. Dit AI kan voor één enkele nieuwe periode van drie maanden verlengd worden. De vreemdeling moet proberen zijn identiteit te bewijzen door zijn paspoort of een reistitel die dit paspoort vervangt of zijn identiteitskaart voor te leggen.

Indien de Procureur des Konings of de arbeidsauditeur, op verzoek van de DVZ, bevestigt dat de gerechtelijke procedure nog steeds loopt, dat de betrokkene nog steeds als slachtoffer kan worden beschouwd, dat de vreemdeling meewerkt, dat hij alle banden met de veronderstelde dader verbroken heeft en dat hij niet als een potentieel gevaar voor de openbare orde of de nationale veiligheid wordt beschouwd, wordt in de derde fase een bewijs van inschrijving in het vreemdelingenregister van bepaalde duur (zes maanden) toegekend.

De DVZ kan in een vierde en laatste fase de vreemdeling die een slachtoffer is tot een verblijf van onbepaalde duur machtigen, indien de klacht tot een veroordeling heeft geleid of indien de Procureur des Konings of de arbeidsauditeur in zijn vordering de tenlastelegging van mensenhandel of mensensmokkel in aanmerking genomen heeft. De vreemdeling moet zijn identiteit bewijzen door middel van zijn paspoort, een daarmee gelijkgestelde reistitel, een nationale identiteitskaart, of op geldige wijze aantonen dat hij dit document niet in België kan bekomen.

De toegekende verblijfstitel bepaalt eveneens de toegang van het slachtoffer tot de arbeidsmarkt en sociale voorzieningen. Tenslotte moet worden opgemerkt dat in elke fase van de verblijfsprocedure een einde kan worden gesteld aan het verblijf indien wordt vastgesteld dat de vreemdeling vrijwillig opnieuw contact heeft opgenomen met de veronderstelde daders van het misdrijf, indien de vreemdeling als een potentieel gevaar voor de openbare orde of de nationale veiligheid wordt beschouwd, indien de vreemdeling niet meewerkt, indien de gerechtelijke overheden beslist hebben om een einde te maken aan de procedure of indien de medewerking van de vreemdeling frauduleus is of indien zijn klacht frauduleus of ongegrond is.

#### iv) Het verblijfsstatuut voor niet-begeleide minderjarige vreemdelingen

731. Een niet-begeleide minderjarige vreemdeling (NBM) wordt in artikel 61/14 Vreemdelingenwet gedefinieerd als een onderdaan van een land dat geen lid is van de Europese Economische Ruimte, die jonger is dan 18 jaar en die niet begeleid is door een persoon die het ouderlijk gezag of de voogdij over hem uitoefent krachtens de toepasselijke wet, in overeenstemming met artikel 35 van de wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht, en die definitief geïdentificeerd is als NBM door de dienst Voogdij van de Federale overheidsdienst Justitie.<sup>1803</sup> De dienst Voogdij gaat bij de identificatie na of de NBM verkeert in één van de volgende situaties: ofwel de erkenning van de hoedanigheid van vluchteling heeft gevraagd; ofwel niet voldoet aan de voorwaarden inzake de toegang tot en het verblijf op het grondgebied vastgesteld in de wetten betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen.<sup>1804</sup> Aan de NBM wordt vervolgens een voogd toegekend.

732. De NBM kan dus een asielaanvraag of een aanvraag om een machtiging tot verblijf omwille van medische gronden indienen. De NBM kan ook als slachtoffer van mensenhandel of verzwaarde vormen van mensensmokkel worden geïdentificeerd. Artikel 61/2, § 2, tweede lid, van de Vreemdelingenwet voorziet dan dat de NBM onmiddellijk in het bezit wordt gesteld van een attest van immatriculatie dat geldig is voor drie maanden en dat tijdens de hele procedure naar behoren rekening wordt gehouden met het hoger belang van het kind.

733. Door invoeging van de artikelen 61/14 tot en met 61/25 Vreemdelingenwet werd in 2011 daarnaast een specifieke verblijfsprocedure op formele wijze vastgesteld voor NBM's.<sup>1805</sup> De bedoeling was om de specifieke verblijfsprocedure voor NBM's, die voorheen voorzien was in de omzendbrief van 15 september 2005,<sup>1806</sup> wettelijk te verankeren, van de onnodig belastende administratieve voorschriften te ontdoen en bovendien de minderjarigen in kwestie te voorzien van een stabielere verblijfssituatie zolang er geen duurzame oplossing werd gevonden, of ten hoogste tot hun meerderjarigheid, waarna de normale procedures geldend voor meerderjarige vreemdelingen door de persoon in kwestie zelf kunnen worden ingesteld.

Het is verder de bedoeling van de Belgische wetgever om de minderjarige waarvoor binnen de drie jaar geen duurzame oplossing is bereikt, het recht te geven op een verblijfstitel van onbepaalde duur.<sup>1807</sup> Volgens het Grondwettelijk Hof schrijven deze artikelen voor dat een duurzame oplossing moet worden bepaald die aan de situatie van elke minderjarige is aangepast, in overeenstemming met artikel 22bis van de Grondwet en met de artikelen 9 en

---

<sup>1803</sup> Deze specifieke verblijfsprocedure staat enkel open voor NBM's die niet afkomstig zijn uit EER-landen. Zie voorts GwH 18 juli 2013, nr. 106/2013, punt B.4.9: "*Het gebrek aan een effectieve rechtsbescherming van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen die afkomstig zijn uit een lidstaat van de Europese Economische Ruimte, schendt, wanneer zij zich in een kwetsbare situatie bevinden, bijgevolg de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 22bis van de Grondwet, met artikel 14 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met artikel 2 van het Verdrag inzake de rechten van het kind. Die discriminatie vindt haar oorsprong evenwel niet in de bestreden bepaling, maar in het gebrek aan wetsbepalingen die het statuut van de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen die afkomstig zijn uit een lidstaat van de Europese Economische Ruimte, verduidelijken en vastleggen.*"

<sup>1804</sup> Art. 5 Programmawet 24 december 2002, B.S. 31 december 2002.

<sup>1805</sup> Wet van 12 september 2011 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, B.S. 28 november 2011.

<sup>1806</sup> B.S. 7 oktober 2005.

<sup>1807</sup> Toelichting bij het wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, met het oog op de toekenning van een tijdelijke machtiging tot verblijf aan niet-begeleide minderjarige vreemdelingen, *Parl.St.* Kamer, 2010-2011, doc. 53-0228/001.

10 van het Verdrag inzake de rechten van het kind, en beschermen zij die minderjarige tegen een verwijderingsmaatregel zolang die duurzame oplossing niet is gevonden. De bij de artikelen 61/17, 61/18 en 74/16 van de Vreemdelingenwet aan de DVZ toevertrouwde beslissingsbevoegdheid in het kader van zijn bevoegdheden inzake vreemdelingenpolitie wordt beperkt door de verplichting om een duurzame oplossing te bepalen die aan de situatie van elke minderjarige is aangepast.<sup>1808</sup>

734. Voor zover geen procedure tot bescherming, machtiging of toelating tot verblijf of tot vestiging hangende is, kan de voogd voor de betrokken NBM een aanvraag van een machtiging tot verblijf indienen bij de DVZ. Het is duidelijk dat de wetgever een aanvullende bescherming aan de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen heeft willen toekennen: *“In werkelijkheid moet een onderscheid worden gemaakt tussen twee soorten van minderjarigen: de minderjarige vluchtelingen die door toedoen van een voogd asiel aanvragen en die niet worden uitgewezen omdat ze op internationaal echelon worden beschermd, en de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen die om uiteenlopende redenen in België aankomen en die geen asiel aanvragen. Er is echter geen sprake van aan de minderjarige een verblijfstitel te verlenen gewoon omdat hij in België belandt, zelfs niet als de Staat hem een bescherming toekent. Als na drie jaar geen duurzame oplossing wordt gevonden, mag de minister overeenkomstig zijn discretionaire bevoegdheid een verblijfsvergunning afgeven.”*<sup>1809</sup>

735. De wetgever heeft daarenboven niet gewild dat de procedures die op verschillende gronden zijn ingesteld elkaar doorkruisen: *“Het voorgestelde artikel 61/15, Vw, stelt dat op hetzelfde moment geen verschillende procedures in het kader van de wet van 15 december 1980 kunnen worden gevoerd. De mogelijkheid om verschillende procedures tegelijk te kunnen voeren zou er immers toe leiden dat deze procedures elkaar doorkruisen of zelfs tegenwerken. Bovendien kunnen twee procedures nooit leiden tot de aflevering van twee verblijfsvergunningen. Bepaalde onderzoeken die nodig zijn in een bepaalde procedure zouden bijvoorbeeld niet kunnen gebeuren omdat die precies door een andere procedure worden uitgesloten. Zo zou bijvoorbeeld nooit een onderzoek naar de familie van een minderjarige kunnen gebeuren indien er tegelijk een procedure tot het bekomen van de vluchtelingenstatus lopende is en zou deze laatste procedure dus eerst moeten worden afgerond. Daarnaast moet er ook rekening worden gehouden met de rechtspraak van de Dienst Vreemdelingenzaken. Dit betekent de voorrang voor bepaalde procedures, schorsing van bepaalde procedures, enz. Uiteindelijk moet ook op de taak en verantwoordelijkheid van de voogden worden gewezen. Men moet vermijden dat op verschillende paarden tegelijk wordt gewed en daardoor de administratieve belasting van de diensten de goede werking van de administratie onwerkbaar zou maken.”*<sup>1810</sup>

De wetgever heeft bijgevolg geoordeeld dat de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen die een andere procedure tot bescherming, machtiging of toelating tot verblijf of tot vestiging hebben ingesteld, de bij de bestreden wet toegekende waarborgen reeds genieten en dat het dus niet nodig was om ze in het toepassingsgebied van de wet op te nemen, zolang die andere procedure niet tot een beslissing heeft geleid. Indien zou blijken dat de bescherming die hen in het kader van die andere procedure wordt geboden, geringer zou zijn dan die welke bij de

---

<sup>1808</sup> GwH 18 juli 2013, nr. 106/2013, punt B.9.2.

<sup>1809</sup> Verslag namens de Commissie voor Binnenlandse Zaken, de Algemene Zaken en het Openbaar Ambt, uitgebracht door Theo Francken, Wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen met het oog op de toekenning van een tijdelijke machtiging tot verblijf aan niet-begeleide minderjarige vreemdelingen, *Parl.St.*, Kamer, 2010-2011, DOC 53-0288/007, 9.

<sup>1810</sup> Amendementen bij het wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen met het oog op de toekenning van een tijdelijke machtiging tot verblijf aan niet-begeleide minderjarige vreemdelingen *Parl.St.*, Kamer, 2010-2011, DOC 53-0288/003, 1-2.



voornoemde artikelen is geboden, zouden die minderjarigen het voorwerp van een verschil in behandeling uitmaken dat niet redelijk verantwoord is, aldus het Grondwettelijk Hof. Daarenboven verbiedt de bestreden bepaling de voogd niet om een aanvraag in te dienen op grond van de bestreden wet na afloop van de procedure tot bescherming, machtiging of toelating tot verblijf.<sup>1811</sup>

736. In eerste instantie wordt de NBM gehoord door de DVZ die vervolgens een duurzame oplossing moet identificeren voor de specifieke situatie van de betrokken NBM.<sup>1812</sup> Volgens het Grondwettelijk Hof dient de DVZ bij het verhoor rekening te houden met de leeftijd en het onderscheidingsvermogen van het kind, alsook met zijn wil om al dan niet te worden gehoord.<sup>1813</sup> De DVZ moet dat verhoor ook afnemen overeenkomstig het doel van de wet. Voorts wordt in artikel 110*novies*, § 1, van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, zoals ingevoegd bij het koninklijk besluit van 7 november 2011, de aanwezigheid van de voogd, in voorkomend geval van een tolk, en van een advocaat indien de voogd dat vraagt, vereist.

737. Deze duurzame oplossing kan volgens artikel 61/14, 2° Vreemdelingenwet bestaan uit:

- hetzij de gezinshereniging, overeenkomstig de artikelen 9 en 10 van het VN-Kinderrechtenverdrag, in het land waar de ouders zich legaal bevinden;
- hetzij de terugkeer naar het land van herkomst of naar het land waar de NBM gemachtigd of toegelaten is tot verblijf, met garanties op adequate opvang en verzorging, naargelang zijn leeftijd en zijn graad van zelfstandigheid, hetzij door zijn ouders of andere volwassenen die voor hem zullen zorgen, hetzij door overheidsinstanties of niet-gouvernementele instanties;
- hetzij de machtiging tot verblijf in België.

Bij het bepalen van de duurzame oplossing geeft de DVZ voorrang aan de vrijwaring van de eenheid van het gezin, overeenkomstig de artikelen 9 en 10 van het VN-Kinderrechtenverdrag en het hoger belang van het kind. Het Grondwettelijk Hof benadrukte dat met het hoger belang van het kind dus rekening dient te worden gehouden door de overheid bij het bepalen van een duurzame oplossing, welke die ook zij.<sup>1814</sup> Het Grondwettelijk Hof stelde ook dat de bestreden wet tot doel heeft om de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen te beschermen. Ten aanzien van dat doel is het bijgevolg relevant om de gezinshereniging in het gastland niet als duurzame oplossing te overwegen in dit niet in het belang van het kind zou zijn. Indien de ouders van de minderjarige vreemdeling zich in dat land bij hem voegen, verliest hij zijn statuut van niet-begeleide minderjarige vreemdeling en wordt zijn administratief statuut gekoppeld aan dat van zijn ouders.<sup>1815</sup>

Uit de parlementaire voorbereiding van de wet vloeit voort dat de wetgever de beoordelingsbevoegdheid van de DVZ niet heeft willen beperken, door enkel de gezinshereniging als enige keuze te laten, net om de mogelijkheid te bieden een oplossing te vinden die aan elke minderjarige is aangepast. Ten einde een individueel onderzoek van elke aanvraag mogelijk te maken wordt gepreciseerd in artikel 61/18, eerste lid, Vreemdelingenwet dat de DVZ zich uitspreekt “*na individueel onderzoek en op basis van het geheel van de elementen.*”<sup>1816</sup> Na een individueel onderzoek en op basis van het geheel van de elementen,

<sup>1811</sup> GwH 18 juli 2013, nr. 106/2013, punt B.7.3.

<sup>1812</sup> Zie artikelen 110*septies* tot en met 110*novies* KB 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen.

<sup>1813</sup> GwH 18 juli 2013, nr. 106/2013, punt B.8.3.5.

<sup>1814</sup> GwH 18 juli 2013, nr. 106/2013, punt B.6.4.

<sup>1815</sup> GwH 18 juli 2013, nr. 106/2013, punt B.6.5.

<sup>1816</sup> GwH 18 juli 2013, nr. 106/2013, punt B.9.2.

beslist de DVZ ofwel om een bevel tot terugleiding af te geven aan de voogd, indien de duurzame oplossing de terugkeer naar of de gezinshereniging in een ander land is; ofwel een verblijfsdocument af te geven, indien de duurzame oplossing niet bepaald is.

738. Het Grondwettelijk Hof onderstreepte dat de terugkeer van de minderjarige naar zijn land van herkomst of naar het land waar hij is gemachtigd of toegelaten tot verblijf of de gezinshereniging enkel mogelijk maakt als duurzame oplossing voor zover die terugkeer of die hereniging verenigbaar is met het hoger belang van het kind.<sup>1817</sup> Het Hof verwees naar artikel 74/16 Vreemdelingenwet, dat bepaalt dat alvorens een beslissing tot verwijdering te nemen jegens een illegaal op het grondgebied verblijvende niet-begeleide minderjarige vreemdeling, de DVZ elk voorstel tot duurzame oplossing van zijn voogd in overweging neemt en rekening houdt met het hoger belang van het kind.

De DVZ dient zich ervan te vergewissen dat deze minderjarige, die wordt verwijderd van het grondgebied, garanties qua opvang en tenlasteneming krijgt in zijn land van herkomst of in het land waar hij gemachtigd of toegelaten is tot een verblijf, gelet op zijn behoeften volgens zijn leeftijd en graad van zelfstandigheid, ofwel van zijn ouders of een ander familielid of zijn voogd die voor hem zorgt ofwel van regeringsinstanties of niet-gouvernementele instanties. De garanties op adequate opvang en verzorging die door de overheid in aanmerking moeten worden genomen alvorens een beslissing te nemen, omvatten volgens het Grondwettelijk Hof de waarborgen inzake opvoeding.<sup>1818</sup> De DVZ dient zich er voorts van te vergewissen dat dat de volgende voorwaarden vervuld zijn:

1. dat er geen gevaar bestaat op mensensmokkel of mensenhandel en;
2. dat de gezinssituatie van die aard is dat de minderjarige er opnieuw in kan worden opgenomen, en dat een terugkeer naar een ouder of een familielid wenselijk en opportuun is in het licht van de capaciteit van het gezin om het kind te ondersteunen, op te voeden en te beschermen of;
3. dat de opvangstructuur aangepast is, en dat het in het hoger belang van het kind is om het kind in die opvangstructuur te plaatsen bij zijn terugkeer naar zijn land van herkomst of naar het land waar hij tot het verblijf is toegelaten.

De niet-begeleide minderjarige vreemdeling en zijn voogd in België worden op de hoogte gebracht van de naam van de persoon of van de opvangstructuur aan wie het kind wordt toevertrouwd alsook over de rol die deze persoon vervult ten aanzien van de minderjarige.

739. Indien de duurzame oplossing niet kan worden bepaald, dient de DVZ een verblijfsdocument (attest van immatriculatie) af te geven dat een geldigheidsduur heeft van zes maanden. Vervolgens bezorgt de voogd, één maand vóór de vervaldag van de geldigheidsduur van het verblijfsdocument, aan de DVZ systematisch alle bewijskrachtige gegevens en documenten die betrekking hebben op het voorstel voor een duurzame oplossing. De bewijskrachtige gegevens en documenten die moeten worden voorgelegd zijn:

1. het voorstel voor een duurzame oplossing;
2. de gezinssituatie van de NBM;
3. elk specifiek element dat met de specifieke situatie van de NBM verbonden is;
4. het bewijs van regelmatig schoolbezoek.

In functie van de bewijskrachtige elementen en documenten die aan hem worden toegezonden kan de DVZ beslissen om over te gaan tot een nieuw verhoor van de NBM die door zijn voogd begeleid wordt. Indien de duurzame oplossing nog steeds niet kan worden bepaald, wordt het verblijfsdocument dat aan de NBM werd afgegeven, verlengd met zes maanden.

---

<sup>1817</sup> GwH 18 juli 2013, nr. 106/2013, punt B.6.6.

<sup>1818</sup> GwH 18 juli 2013, nr. 106/2013, punt B.6.6.

740. Als duidelijk is geworden dat de voorziene duurzame oplossing het verblijf in België is, geeft de DVZ, na voorlegging van het nationaal paspoort van de NBM, een machtiging tot verblijf met een duur van een jaar af. Indien de voogd het nationaal paspoort van de NBM niet kan voorleggen bezorgt hij schriftelijk aan de DVZ de documenten die de stappen aantonen die ondernomen werden om de identiteit van de NBM aan te tonen. Volgens de Belgische wetgever kan voor het verkrijgen van een stabielere tijdelijk en humaan verblijfsstatus het kunnen voorleggen van een nationaal paspoort niet meer als uitsluitingscriterium worden ingeschreven. Een maand vóór de vervaldag van de machtiging tot tijdelijk verblijf die aan de NBM werd toegekend, bezorgt de voogd aan de DVZ schriftelijk de bewijskrachtige elementen die betrekking hebben tot zijn levensproject in België. De bewijskrachtige elementen die betrekking hebben op het levensproject zijn:

1. elk specifiek element dat met de specifieke situatie van de NBM verbonden is;
2. de gezinssituatie van de NBM;
3. het bewijs van regelmatig schoolbezoek;
4. het bewijs van de kennis van één van de drie landstalen.

Na afloop van een periode van drie jaar, vanaf de toekenning van de machtiging tot tijdelijk verblijf, geeft de DVZ een machtiging tot verblijf van onbepaalde duur aan de NBM. Indien de minister beslist om de machtiging niet toe te kennen, dient deze zijn beslissing met redenen te omkleden.

741. De DVZ kan beslissen tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten of beslissen om een duurzame oplossing anders te bepalen bij misleidende informatie, gebruik van valse of vervalste documenten, fraude of andere onwettige middelen. Het Grondwettelijk Hof benadrukt dat hier een 'mogelijkheid' betreft.<sup>1819</sup> Te dien einde houdt de minister of diens gemachtigde rekening met het feit of het de voogd was of de NBM die een beroep heeft gedaan op de valse informatie of de vervalste documenten, in functie van zijn onderscheidingsvermogen, en dit om de minderjarige niet te benadelen.

Voorts kan de NBM worden uitgesloten van het verblijfsstatuut indien hij een gevaar vormt voor de openbare orde of nationale veiligheid. Hierdoor wordt de DVZ er evenwel niet van vrijgesteld rekening te houden met het specifieke belang van het kind, in het verlengde van de grondwettelijke en internationale bepalingen. Het Grondwettelijk Hof wijst erop dat een eventuele uitsluiting moet worden gecombineerd met de artikelen 61/17, 61/18 en 74/16 Vreemdelingenwet waaruit voortvloeit dat bij elke door de minister of zijn gemachtigde genomen beslissing met name rekening moet worden gehouden met het hoger belang van het kind.

742. Indien de NBM 18 jaar wordt, kan hij zich niet meer beroepen op de bijzondere verblijfsprocedure voor de NBM. Daar moet de DVZ bij de toekenning van de laatste tijdelijke verblijfsmachtiging alvorens een NBM 18 jaar wordt, de NBM op de hoogte brengen van de voorwaarden die vervuld moeten worden om een nieuwe verblijfsmachtiging te krijgen als meerderjarige. In de praktijk zal de DVZ de verblijfsmachtiging eventueel verlengen indien de NBM onderwijs volgt en een bewijs levert van zijn bestaansmiddelen, of indien de NBM aantoonbaar is tewerkgesteld. Een verlenging is in principe voor één jaar. Nadien zal er opnieuw een evaluatie van de voorwaarden gebeuren en wordt de machtiging eventueel verder verlengd. Na drie verlengingen van de verblijfsmachtiging krijgt men normaal gezien automatisch een verblijfsrecht van onbepaalde duur. De verlengingen die men reeds kreeg als minderjarige tellen niet mee bij het bepalen van het aantal verlengingen.

---

<sup>1819</sup> GwH 18 juli 2013, nr. 106/2013, punt B.10.4.

b.) Bijkomende beschermingsgronden die aanleiding kunnen geven tot de niet-beëindiging van een reeds toegekend verblijfsrecht

743. Artikel 11, § 2, Vreemdelingenwet bepaalt dat de DVZ in geen geval een einde kan stellen aan het verblijf van een vreemdeling die aantoonbaar het slachtoffer is van feiten van huiselijk geweld tijdens het huwelijk of het partnerschap met een derdelander. In de andere gevallen houdt DVZ in het bijzonder rekening met de situatie van personen die het slachtoffer zijn van geweld in de familie, die niet langer een gezinscel vormen met de persoon die zij vervoegden en die bescherming nodig hebben. Hierdoor geeft de Belgische wetgever een concrete invulling aan wat 'buitengewone moeilijke omstandigheden' wordt genoemd in artikel 15, lid 3, Gezinsherenigingsrichtlijn.

Voorts bepaalt artikel 11, § 2, van de Vreemdelingenwet dat bij de beslissing om een einde te stellen aan het verblijf, de DVZ rekening dient te houden met de aard en de hechtheid van de gezinsband van de betrokken persoon en met de duur van zijn verblijf in het Rijk, alsmede met het bestaan van familiebanden of culturele of sociale banden met zijn land van herkomst.

Hierbij aansluitend bepaalt artikel 13, § 4, van de Vreemdelingenwet dat bij de beslissing om een bevel om het grondgebied te verlaten af te leveren aan een gezinslid van een derdelander, de DVZ rekening dient te houden met de aard en de hechtheid van de gezinsband van de betrokken persoon en met de duur van zijn verblijf in het Rijk, alsmede met het bestaan van familiebanden of culturele of sociale banden met zijn land van herkomst.

C. Bijkomende beschermingsgronden in het Belgische terugkeerbeleid

744. Een verwijderingsbeslissing kan, op discretionaire dan wel op verplichte wijze, worden opgeschort of uitgesteld wanneer er aanwijzingen zijn m.b.t. een bepaalde beschermingsnood.

Als algemene regel geldt dat de DVZ bij het nemen van een beslissing tot verwijdering rekening moet houden met het hoger belang van het kind, het gezins- en familieleven en de gezondheidstoestand van de betrokken vreemdeling.<sup>1820</sup>

745. De DVZ is verplicht de verwijdering tijdelijk uit te stellen indien de beslissing tot terugleiding of verwijdering naar de grenzen van het grondgebied de vreemdeling blootstelt aan een schending van het non-refoulementbeginsel.<sup>1821</sup> Er wordt dan aan de vreemdeling schriftelijk meegedeeld dat zijn verwijdering tijdelijk is uitgesteld.

Dit is van belang voor die gevallen waar het CGVS advies dient te verlenen m.b.t. de specifieke situatie van asielzoekers die niet of niet meer in aanmerking komen voor een EU-geharmoniseerd beschermingsstatuut. Zo is het CGVS in sommige gevallen van uitsluiting of openbare orde verplicht om een advies te geven aan de bevoegde Minister en de DVZ m.b.t. de asielaanvraag van de vreemdeling en/of de conformiteit van een eventuele verwijderingsbeslissing met het non-refoulementbeginsel.<sup>1822</sup> Indien een vreemdeling een onbeperkt verblijf krijgt en eveneens een asielaanvraag indient, maar de vreemdeling niet aangeeft de behandeling ervan voort te willen zetten, dan wordt de asielaanvraag zonder voorwerp verklaard. Als de vreemdeling toch dreigt te worden teruggewezen of uitgezet, dan is er ook een advies nodig van het CGVS over de conformiteit van de verwijderingsmaatregel

<sup>1820</sup> Art. 74/13 Vreemdelingenwet.

<sup>1821</sup> Art. 74/17, § 1, Vreemdelingenwet.

<sup>1822</sup> Art. 52/4 en 49/2, § 5, Vreemdelingenwet.

met artikel 3 EVRM.<sup>1823</sup> In andere gevallen van uitsluiting zal het CGVS in de praktijk steeds een advies met betrekking tot de verwijdering en non-refoulement in de uitsluitings- of intrekkingsbeslissing voegen. Idealiter neemt de DVZ dit advies in rekening bij het uitvaardigen en uitvoeren van een terugkeerbesluit, daar de uitsluiting of de intrekking de DVZ niet vrijstelt van de naleving van de internationale verplichtingen die inzonderheid voortvloeien uit de artikelen 2 en 3 EVRM.

Er zijn andere situaties, buiten de asielprocedure, waarin het non-refoulementbeginsel van belang kan zijn voor terugkeerbesluiten. Uitsluitingsgronden kunnen ook worden toegepast in gewone verblijfsprocedures. Zo kan een persoon met een nood aan bescherming op medische gronden<sup>1824</sup> of als slachtoffer van mensenhandel,<sup>1825</sup> worden uitgesloten wanneer hij wordt beschouwd als een gevaar voor de openbare orde of nationale veiligheid. In sommige gevallen kan de terugkeer naar het land van herkomst dan een schending uitmaken van artikel 3 EVRM.<sup>1826</sup> Een schending onder artikel 3 EVRM kan zich ook voordoen wanneer de aanvraag van een machtiging tot verblijf op grond van medische gronden onontvankelijk wordt verklaard wegens een gebrek aan identificatie en/of omdat de vreemdeling in de onmogelijkheid verkeert om zijn identiteit te bewijzen.<sup>1827</sup> DVZ mag in beginsel dan geen verwijderingsmaatregel uitvoeren zonder de grond van de zaak te hebben onderzocht en dit zodat een eventuele schending van artikel 3 EVRM wordt vermeden.<sup>1828</sup>

746. Een tijdelijk uitstel van verwijdering kan worden verleend op grond van de specifieke omstandigheden van elk geval, bijvoorbeeld de fysieke of mentale gesteldheid van de vreemdeling of technische redenen, zoals het ontbreken van vervoersmiddelen of het mislukken van de verwijdering wegens het ontbreken van identificatie.<sup>1829</sup> Er dient aan de vreemdeling schriftelijk te worden meegedeeld dat zijn verwijdering tijdelijk is uitgesteld. Deze bepaling is van belang voor erkende staatlozen. De erkenning van een vreemdeling als staatloos, brengt immers geen afgifte van een verblijfsvergunning met zich mee.<sup>1830</sup> Daarom

---

<sup>1823</sup> Art. 55, § 3, Vreemdelingenwet.

<sup>1824</sup> Art. 9ter, § 4, Vreemdelingenwet.

<sup>1825</sup> Art. 61/2, § 3, Vreemdelingenwet.

<sup>1826</sup> De Belgische overheid verduidelijkte dat ernstig zieke vreemdelingen die worden uitgesloten van een verblijfsvergunning op grond van art. 9ter Vreemdelingenwet, niet zullen worden verwijderd indien ze zo ziek zijn dat hun verwijdering een schending inhoudt van art. 3 EVRM. Memorie van toelichting, Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl.St.* Kamer 2005-2006, nr. 51-2478/001, 36. Deze verduidelijking werd niet hardgemaakt in een wetsbepaling.

<sup>1827</sup> Art. 9ter, § 3, Vreemdelingenwet.

<sup>1828</sup> Dit werd verklaard door de Belgische overheid maar niet hardgemaakt in een wetsbepaling, zie Memorie van toelichting, Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl.St.* Kamer 2005-2006, nr. 51-2478/001, 35. Het werd ook bevestigd door het Grondwettelijk Hof: GwH 26 juni 2008, nr. 95.2008, B.14 en GwH 20 september 2006, nr. 141.2006, B.7.

<sup>1829</sup> Art. 74/17, § 2, Vreemdelingenwet.

<sup>1830</sup> Zie GwH 17 december 2009, nr. 198/2009, B.7-B.9 B.7: Naar aanleiding van een prejudiciële vraag over het feit dat erkende staatloze personen geen recht hebben op verblijf, in tegenstelling tot erkende vluchtelingen, oordeelde het Hof dat wanneer is vastgesteld dat de staatloze deze hoedanigheid heeft verkregen omdat hij buiten zijn wil zijn nationaliteit heeft verloren en dat hij aantoont dat hij geen wettige en duurzame verblijfstitel kan verkrijgen in een andere Staat waarmee hij banden zou hebben, dan kan de situatie waarin hij zich bevindt op discriminerende wijze afbreuk doen aan zijn grondrechten. Hieruit vloeit voort dat, wat het verblijfsrecht betreft, het verschil in behandeling tussen de staatloze die zich in een dergelijke situatie op het Belgisch grondgebied bevindt en de erkende vluchteling, niet redelijk verantwoord is. Die discriminatie vloeit evenwel niet voort uit artikel 49 Vreemdelingenwet, dat alleen betrekking heeft op de in België erkende vluchtelingen, maar uit de ontstentenis van een wettelijke bepaling die aan de in België erkende staatlozen een verblijfsrecht toekent dat vergelijkbaar is met datgene wat die vluchtelingen genieten. Het Hof heeft dus duidelijk gesteld dat m.b.t. erkende staatlozen er zich een lacune voordoet in de Belgische Vreemdelingenwet. In het regeringsakkoord van 18 maart 2008 gaf de Belgische regering aan: "De regering voorziet in een procedure tot toekenning van het statuut voor staatlozen door het Commissariaat-Generaal voor de Vluchtelingen en de staatlozen. De erkenning als staatloze heeft in principe een (tijdelijk) verblijfsrecht tot gevolg." Zie <http://www.premier.be/files/NVERKLARINGtien-zondervoettekst.pdf>. Aan dit engagement werd nog geen gevolg gegeven. Zie L. VANDERVOORT, "De staatloze in België: op zoek naar een status met rechten en plichten", *T.Vreemd.* 2007, 244-263.

kan aan een staatloze vreemdeling, al dan niet erkend, die illegaal op het grondgebied verblijft, een terugkeerbesluit worden uitgevaardigd.

747. De Vreemdelingenwet bepaalt dat alvorens een beslissing tot verwijdering te nemen jegens een illegaal op het grondgebied verblijvende niet-begeleide minderjarige vreemdeling, de DVZ elk voorstel tot duurzame oplossing van zijn voogd in overweging neemt en rekening houdt met het hoger belang van het kind. De DVZ dient zich ervan te vergewissen dat deze NBM, die wordt verwijderd van het grondgebied, garanties qua opvang en tenlasteneming krijgt in zijn land van herkomst of in het land waar hij gemachtigd of toegelaten is tot verblijf, gelet op zijn behoeften volgens zijn leeftijd en graad van zelfstandigheid, ofwel van zijn ouders of een ander familielid of zijn voogd die voor hem zorgt ofwel van regeringsinstanties of niet-gouvernementele instanties.<sup>1831</sup> De DVZ dient zich er voorts van te vergewissen dat dat de volgende voorwaarden vervuld zijn:

1. dat er geen gevaar bestaat op mensensmokkel of mensenhandel, en;
2. dat de gezinssituatie van die aard is dat de minderjarige er opnieuw in kan worden opgenomen, en dat een terugkeer naar een ouder of een familielid wenselijk en opportuun is in het licht van de capaciteit van het gezin om het kind te ondersteunen, op te voeden en te beschermen, of;
3. dat de opvangstructuur aangepast is, en dat het in het hoger belang van het kind is om het kind in die opvangstructuur te plaatsen bij zijn terugkeer naar zijn land van herkomst of naar het land waar hij tot het verblijf is toegelaten.

De niet-begeleide minderjarige vreemdeling en zijn voogd in België worden op de hoogte gebracht van de naam van de persoon of van de opvangstructuur aan wie het kind wordt toevertrouwd alsook over de rol die deze persoon vervult ten aanzien van de minderjarige.

748. De termijn voor vrijwillige terugkeer kan ook worden verlengd indien er een gemotiveerd verzoek daartoe wordt ingediend, waarbij rekening wordt gehouden met de specifieke omstandigheden eigen aan de situatie van de vreemdeling, zoals de duur van het verblijf, het bestaan van schoolgaande kinderen, het afronden van de organisatie van het vrijwillig vertrek en andere familiale en sociale banden. Er wordt bij goedkeuring van het verzoek aan de vreemdeling schriftelijk meegedeeld dat zijn vertrektermijn wordt verlengd.<sup>1832</sup>

749. De Belgische regelgeving voorziet ook meer informele mogelijkheden tot uitstel van verwijdering in andere situaties.

Zo kan er uitstel van verwijdering worden gevraagd met het oog op een bescherming van het recht op onderwijs van kinderen zonder wettig verblijf.<sup>1833</sup> Een tijdelijke schorsing van de uitvoering van een verwijderingsmaatregel kan worden verleend aan gezinnen met schoolgaande kinderen van minder dan 18 jaar. Een kort uitstel van verwijdering moet dan bij de DVZ worden aangevraagd. In een omzendbrief van 29 april 2003<sup>1834</sup> wordt nader bepaald wie in aanmerking komt en hoe de procedure verloopt. Meer bepaald kan de DVZ beslissen

---

<sup>1831</sup> Art. 74/16 Vreemdelingenwet.

<sup>1832</sup> Art. 74/14, § 1, Vreemdelingenwet.

<sup>1833</sup> Zie art. 28 en 29 IVKR en art. 24 Gw. Een Vlaamse omzendbrief alsook een decreet van de Franstalige Gemeenschap voorzien expliciet in het recht op onderwijs voor kinderen zonder wettig verblijf. Het recht op onderwijs is toegankelijk voor alle kinderen op het Belgisch grondgebied en een inschrijving in een school kan niet worden geweigerd enkel op grond van het feit dat de verblijfsstatus van de ouders van het kind onregelmatig is. Omz. 24 februari 2003 betreffende het recht op onderwijs voor kinderen zonder wettig verblijfsstatuut, <http://www.ond.vlaanderen.be/edulex/database/document/document.asp?docid=13382>. Zie ook Art. 40-43 decreet 30 juni 1998 dat erop gericht is alle leerlingen gelijke kansen op sociale emancipatie te geven, inzonderheid door de invoering van maatregelen voor positieve discriminatie, BS 22 augustus 1998; S. BOUCKAERT, "Onderwijs voor minderjarige vreemdelingen zonder wettig verblijf: ontwikkelingen in regelgeving en rechtspraak", *T.O.R.B.* 2007-2008, 387-405 en S. BOUCKAERT, *Documentloze vreemdelingen*, Antwerpen, Maklu, 2007, 1007-1020.

<sup>1834</sup> Omz. 29 april 2003 betreffende de verwijdering van gezinnen met schoolgaand(e) kind(eren) van minder dan 18 jaar: optreden van politiediensten in scholen, BS 13 juni 2003.

dat de uitvoering van een verwijderingsmaatregel genomen in de periode vanaf het begin van de paasvakantie opgeschort wordt tot het einde van het schooljaar. Een verlenging in geval van een tweede zittijd kan door de DVZ overwogen worden. Deze maatregel kan enkel betrekking hebben op de leden van het kerngezin van het betrokken kind. Er wordt dus geen tijdelijk verblijf toegekend, maar men beperkt zich enkel tot een kort uitstel van de verwijdering op discretionaire basis. Het uitstel is dus een gunst.

Een niet-gepubliceerde ministeriële omzendbrief van 26 januari 2004 voorziet dat in bepaalde gevallen waar verwijdering een schending zou inhouden van artikelen 3 en 8 EVRM, een uitstel van de verwijdering van maximaal drie maanden kan worden verleend, in de vorm van een verlenging van de aankomstverklaring of van de tijdelijke verblijfstitel of een verlenging van het bevel om het grondgebied te verlaten (BGV).<sup>1835</sup> Het betreft o.m. gevallen waar een vreemdeling het land niet kan verlaten omwille van een kortstondige ziekte of wegens een medische behandeling<sup>1836</sup> of waar het een hoogzwangere vrouw betreft.<sup>1837</sup> De humanitaire clausules die het CGVS invoegt in weigeringsbeslissingen kunnen hier een rol spelen. Ook hier beslist de Dienst Vreemdelingenzaken op discretionaire wijze of aan de nodige voorwaarden is voldaan.

Tenslotte wordt de uitvoering van het bevel om het grondgebied te verlaten opgeschort als de vreemdeling een ontvangstbewijs in het kader van een huwelijk of een wettelijke samenwoning kreeg. Er zal niet worden overgegaan tot de uitvoering van het bevel tot (i) de dag van de beslissing tot weigering van de ambtenaar van de burgerlijke stand om het huwelijk te voltrekken of om melding te maken van de verklaring van wettelijke samenwoning; (ii) het einde van de termijn van 6 maanden die bedoeld wordt in artikel 165, § 3, van het Burgerlijk Wetboek; (iii) de dag na de voltrekking van het huwelijk of de verklaring van wettelijke samenwoning.<sup>1838</sup>

De mogelijkheid tot een verlenging van de vertrektermijn en de meer informele praktijken inzake uitstel van verwijdering komen tegemoet aan een eventuele nood om de verwijdering uit te stellen wanneer de specifieke omstandigheden van een individueel geval dit vereisen en daarbij wordt rekening gehouden met fundamentele principes, met name inzake het recht op een gezinsleven of het belang van het kind.

---

<sup>1835</sup> Zie

[http://www.kruispuntmi.be/uploadedfiles/Vreemdelingenrecht/Wegwijs/verblijfsstatuten/Uitstel\\_van\\_vertrek/2004%2001%2026%20OB%20verlenging%20kort%20verblijf%20nl.pdf](http://www.kruispuntmi.be/uploadedfiles/Vreemdelingenrecht/Wegwijs/verblijfsstatuten/Uitstel_van_vertrek/2004%2001%2026%20OB%20verlenging%20kort%20verblijf%20nl.pdf).

<sup>1836</sup> Dit moet bewezen worden met een medisch attest. Zie ook Dienstnota DVZ inzake de aanvraag tot een verlenging van een bevel om het grondgebied te verlaten om medische redenen van 13 december 2007; Dienstnota van DVZ inzake de aanvraag tot een verlenging om medische motieven van een bevel om het grondgebied te verlaten, specifiek geval: tuberculose van 13 augustus 2008.

<sup>1837</sup> Een hoogzwangere vrouw kan een tijdelijke verlenging van het bevel om het grondgebied te verlaten krijgen vanaf twee maanden voor de vermoedelijke bevallingsdatum tot twee maanden na de bevalling. Een medisch attest is nodig.

<sup>1838</sup> Zie hierover meer in punt B.2. van Omz. 17 september 2013 betreffende de gegevensuitwisseling tussen de ambtenaren van de burgerlijke stand en de Dienst Vreemdelingenzaken ter gelegenheid van een huwelijksaangifte of een verklaring van een wettelijke samenwoning van een vreemdeling in illegaal of precair verblijf, BS 23 september 2013. Na de huwelijksvoltrekking kan een aanvraag tot gezinshereniging worden ingediend.

D. Bescherming voor (tijdelijk) niet-verwijderbare vreemdelingen in het Belgische opvang- en sociaal beleid

750. De (tijdelijke) onmogelijkheid van verwijdering leidt niet tot een verblijfsstatus en daarbij horende rechten. Het Belgische opvangbeleid en het sociaal zekerheidsbeleid t.a.v. vreemdelingen voorziet echter in een aantal waarborgen die aan bepaalde categorieën van niet-verwijderbare vreemdelingen een minimumlevensstandaard garanderen.<sup>1839</sup>

Iedereen heeft overeenkomstig artikel 1 van de OCMW-wet recht op maatschappelijke dienstverlening, waardoor hij in de mogelijkheid wordt gesteld een leven te leiden dat beantwoordt aan de menselijke waardigheid. Dit betekent dat in principe ook elke vreemdeling die geen leven kan leiden dat beantwoordt aan de menselijke waardigheid, recht heeft op steun of op maatschappelijke dienstverlening. Deze steun kan de vorm aannemen van een maandelijks bedrag, maar kan ook verstrekt worden in de vorm van een lening, hulp in natura of in een tegemoetkoming. Als basisbeginsel geldt dat dringende medische hulp dient te worden verleend aan illegaal verblijvende personen.<sup>1840</sup> Materiële hulp moet of kan krachtens de Opvangwet aan bepaalde categorieën van illegaal verblijvende personen worden toegekend.<sup>1841</sup> De materiële hulp bestaat uit: huisvesting in gemeenschapsverband, voeding, sociale en medische begeleiding, rechtsbijstand, hulp bij vrijwillige terugkeer en recht op onderwijs.

Zo wordt het recht op de materiële hulp verlengd met het oog op het waarborgen van de familiale eenheid, wanneer de asielprocedure en de procedure voor de Raad van State van de vreemdeling die verblijft in een opvangstructuur negatief zijn afgesloten, en hij een familielid heeft of een persoon die het ouderlijk gezag of de voogdij over hem uitoefent en die eveneens in een opvangstructuur verblijft.<sup>1842</sup> Voorts kan het recht op materiële hulp van afgewezen asielzoekers in sommige gevallen worden verlengd, met name:

- wanneer uitstel van verwijdering wordt aangevraagd wegens een zwangerschap in de laatste drie maanden;
- wanneer uitstel van verwijdering wordt aangevraagd wegens wegens schoolgaande kinderen die het schooljaar wensen af te ronden;
- wanneer uitstel van verwijdering wordt aangevraagd wegens de onmogelijkheid, om redenen onafhankelijk van hun wil, tot terugkeer naar het land van herkomst (bijvoorbeeld staatlozen of weigering van overheid van land van herkomst om identiteits- of reisdocumenten te leveren);
- wanneer omwille van gestaafde medische redenen en steunend op een aanvraag van verblijfsmachtiging tot basis van artikel 9ter Vreemdelingenwet, de afgewezen asielzoeker zich in de onmogelijkheid bevinden om de opvangstructuur te verlaten;
- wanneer de afgewezen asielzoeker de ouder is van een Belgisch kind en een aanvraag voor een verblijfsvergunning op basis van artikel 9bis Vreemdelingenwet heeft ingediend;<sup>1843</sup>

---

<sup>1839</sup> Zie meer over de sociaalrechtelijke bescherming van illegaal verblijvende vreemdelingen in het omstandige naslagwerk van S. BOUCKAERT, *Documentloze vreemdelingen. Grondrechtenbescherming doorheen de Belgische en internationale rechtspraak vanaf 1985*, Antwerpen, Maklu, 2007, 1150 p.

<sup>1840</sup> Artikel 57, § 2, 1° van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn die tot de bevoegdheid van de federale overheid blijven behoren. Koninklijk besluit van 12 december 1996 betreffende de dringende medische hulp die door de openbare centra voor maatschappelijk welzijn wordt verstrekt aan de vreemdelingen die onwettig in het Rijk verblijven, *BS* 31 december 1996, gewijzigd door het K.B. 13 januari 2003, *BS* 17 januari 2003. S. BOUCKAERT, "Het recht op dringende medische hulp voor vreemdelingen zonder wettig verblijf: materieelrechtelijke en procedurele aspecten, de lege lata en de lege ferenda", *T. Vreemd.* 2008, 6-25.

<sup>1841</sup> Artikelen 7 en 60 van de wet van 12 januari 2007 betreffende de opvang van asielzoekers en bepaalde andere categorieën van vreemdelingen (hierna: Opvangwet).

<sup>1842</sup> Art. 7, § 1, Opvangwet.

<sup>1843</sup> Art. 7, § 2, Opvangwet.



Minderjarigen in illegaal verblijf van wie de staat van behoeftigheid door het OCMW is vastgesteld doordat de ouders hun onderhoudsplicht niet nakomen of niet in staat zijn die na te komen, kunnen een recht op materiële hulp laten gelden die onontbeerlijk is voor de ontwikkeling van het kind. Deze materiële hulp wordt uitsluitend verstrekt in een federaal opvangcentrum, waarbij de aanwezigheid in het opvangcentrum van de ouders of van de personen die het ouderlijk gezag over het kind daadwerkelijk uitoefenen, wordt gewaarborgd.<sup>1844</sup>

Tenslotte kan financiële hulp wegens overmacht aan bepaalde categorieën van illegaal verblijvende personen worden toegekend.<sup>1845</sup> Vreemdelingen zonder wettig verblijf, die niet in de materiële opvang verbleven, kunnen aanspraak maken op financiële steun bij behoeftigheid als ze in een situatie van medische overmacht verkeren, meer bepaald wanneer het voor hen onmogelijk is wegens medische redenen om gehoor te geven aan een verwijderingsmaatregel.<sup>1846</sup> Reeds in een arrest van 30 juni 1999 oordeelde het toenmalige Arbitragehof dat het artikel 57, § 2, OCMW-wet artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt in zoverre zij van toepassing is op vreemdelingen aan wie een bevel om het grondgebied te verlaten is betekend en die, om medische redenen, in de absolute onmogelijkheid zijn om er gevolg aan te geven. Wie om redenen onafhankelijk van zijn wil belet wordt naar zijn land terug te keren, heeft nog recht op maatschappelijke dienstverlening.<sup>1847</sup> Volgens de memorie van toelichting moet de Opvangwet rekening houden met dit arrest.<sup>1848</sup>

In gelijkaardige zin, overwoog het Hof van Cassatie in een arrest van 18 december 2000 dat het OCMW volwaardige hulp moet verlenen aan personen die onafhankelijk van hun wil het grondgebied niet kunnen verlaten en dit tot op het ogenblik dat zij daadwerkelijk gevolg kunnen geven aan het bevel om het grondgebied te verlaten.<sup>1849</sup> Met het arrest van 19 mei 2008 verduidelijkte het Hof van Cassatie vervolgens de voorwaarden waaronder een vreemdeling zich op overmacht zou kunnen beroepen. Het behoort aan de betrokken vreemdeling die overmacht inroept toe om deze ook te bewijzen.

Een persoon die illegaal op het grondgebied verblijft maar die, door omstandigheden buiten zijn wil (overmacht), onmogelijk naar zijn land van herkomst kan terugkeren, kan hierdoor een recht op volledige maatschappelijke dienstverlening doen gelden. Een omzendbrief van 26 april 2005 verduidelijkt dat dit het geval is wanneer de politieke situatie in het land van herkomst elke terugkeer verhindert of wanneer de Belgische overheid de nationaliteit van de betrokkene onmogelijk kan bepalen en dus evenmin het land waarnaar hij moet worden uitgewezen.<sup>1850</sup> Uit de rechtspraak blijkt dat ook administratieve hinderenissen,

---

<sup>1844</sup> Art. 57, § 2, 2°, OCMW-wet en art. 60 Opvangwet. Deze wetgeving is het gevolg van een uitspraak van het Arbitragehof 22 juli 2003, nr. 106/2003. Voor de specifieke voorwaarden zie art. 3 KB 24 juni 2004 tot bepaling van de voorwaarden en de modaliteiten voor het verlenen van materiële hulp aan een minderjarige vreemdeling die met zijn ouders illegaal in het Rijk verblijft, BS 1 juni 2004, zoals gewijzigd door KB 1 juli 2006. Zie ook S. BOUCKAERT, "Maatschappelijke dienstverlening voor minderjarige vreemdelingen in illegaal verblijf: een never ending story over de impact van mensenrechtenbescherming", *T. Vreemd.* 2005, 286-331 en S. BOUCKAERT, "De invloed van de gewone rechtscolleges in het domein van het Belgisch verblijfsrecht (1980-2010): verregaander dan door de wetgever gewild of ingeschat en daarom problematisch?" in FOLETS, M.-C., VANHEULE, D. en MAES, M. (eds), *Migratie- en migrantenrecht deel 14, Dertig jaar vreemdelingenrecht*, Brugge, Die Keure, 2011, 218-226.

<sup>1845</sup> Zie rechtspraak Cass. 18 december 2000, GwH 30 juni 1999, nr. 80/99 en GwH 21 december 2005, nr. 194/2005.

<sup>1846</sup> Zie Arbrb. Veurne-Nieuwpoort 13 juni 2013, *T. Vreemd.* 2013, 365.

<sup>1847</sup> GwH 30 juni 1999, nr. 80/99. Het Hof verduidelijkte later dat de onmogelijkheid om gehoor te geven aan een terugkeerbesluit omwille van het gebrek aan een adequate verzorging bij een ernstige ziekte in het land van herkomst, eveneens medische overmacht uitmaakt, GwH 21 december 2005, nr. 194/2005.

<sup>1848</sup> Memorie van toelichting bij het wetsontwerp houdende diverse bepalingen van 4 december 2009, *Parl. St. Kamer* 2009-2010, doc. 2299/001, 93.

<sup>1849</sup> HvC 18 december 2000, nr. S.98.0010.F/1.

<sup>1850</sup> Deze omzendbrief is terug te vinden op:

zoals vergeefse pogingen om de vereiste binnenkomstdocumenten te verkrijgen zodat terugkeer onmogelijk wordt, als overmacht worden beschouwd.<sup>1851</sup>

751. In sommige gevallen zal de kwetsbaarheid en de niet-verwijderbaarheid van de betrokken vreemdelingen en de toegekende minimumbescherming kunnen leiden tot een mogelijke consolidatie van een aanspraak op verblijf in hoofde van een vreemdeling, bijvoorbeeld via een aanvraag van een machtiging tot verblijf wegens humanitaire gronden. Met andere woorden, de sociale bescherming van een vreemdeling kan eventueel een aanspraak op verblijf versterken en overvloeien naar een materieelrechtelijke bescherming op het vlak van het verblijf, bijvoorbeeld door de toekenning van een verblijfsstatus. Hierbij moet worden opgemerkt dat de voorwaarden die gelden met betrekking tot artikel 9bis Vreemdelingenwet restrictief worden opgevat en er geen criteria meer lijken te worden gehanteerd die een richtlijn kunnen vormen voor een ten gronde beoordeling. Niettemin moet erop worden gewezen dat, aldus het Grondwettelijk Hof, de discretionaire bevoegdheid van DVZ in de toepassing van artikel 9bis Vreemdelingenwet evenwel niet kan worden begrepen dat zij, zonder dat uitdrukkelijk wordt verwezen naar de noodzakelijke eerbiediging van verdragsrechtelijke grondrechten, de DVZ zou toestaan de artikelen 3 en 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens te schenden, waardoor een categorie van vreemdelingen het genot wordt ontzegd van de rechten die door die verdragsbepalingen worden gewaarborgd.

### *E. Een verdubbelde beroepsprocedure*

752. De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen is als enig rechtscollege bevoegd om kennis te nemen van de beroepen die worden ingesteld tegen de individuele beslissingen genomen met toepassing van de wetten betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen.

Naargelang de bestreden beslissing beschikt de Raad over een hervormingsbevoegdheid in het kader van een zgn. toetsing in volle rechtsmacht<sup>1852</sup> dan wel een annulatiebevoegdheid in het kader van een marginale wettigheidscontrole (zie artikel 39/2 Vreemdelingenwet).<sup>1853</sup>

De Raad doet uitspraak over beroepen die worden ingesteld tegen asielbeslissingen ten gronde van het CGVS (het zgn. 'asielcontentieux') door deze beslissingen te bevestigen of te hervormen dan wel te vernietigen, behoudens een aantal uitzonderingen.<sup>1854</sup> De Raad onderwerpt het geschil, in zijn geheel, aan een nieuw onderzoek en doet uitspraak over de

---

[http://www.kruispuntmi.be/uploadedFiles/Vreemdelingenrecht/Wegwijs/Sociale\\_rechten/Maatschappelijke\\_dienstverlening/Omzendbrief%20bepaalde%20vreemdelingen.pdf](http://www.kruispuntmi.be/uploadedFiles/Vreemdelingenrecht/Wegwijs/Sociale_rechten/Maatschappelijke_dienstverlening/Omzendbrief%20bepaalde%20vreemdelingen.pdf).

<sup>1851</sup> Arbrb. Dendermonde 17 mei 2013, *T. Vreemd.* 2013, 367-368.

<sup>1852</sup> Art. 39/2, § 1, eerste lid, Vreemdelingenwet. De hervormingsbevoegdheid van de Raad wordt meestal aangeduid als 'volle rechtsmacht'. Ik volg DEBERSAQUES waar hij pleit om de begrippen hervormingbevoegdheid en 'hervormingsberoep' te gebruiken met betrekking tot de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen – begrippen die in dit proefschrift consequent zullen worden aangewend. Hij wijst erop dat internrechtelijk het begrip 'volle rechtsmacht' inderdaad veelal wordt begrepen in de zin van een 'hervormingsbevoegdheid', maar Europeesrechtelijk heeft het begrip 'volle rechtsmacht' een andere betekenis en connotatie. G. DEBERSAQUES en S. VERBEYST, "De omrekening van de Europeesrechtelijke "daadwerkelijke rechtsbescherming" in het Belgische vreemdelingenrecht", noot bij GwH 16 januari 2014, nr. 1/2014, *T. Vreemd.* 2014, 202-209 met verwijzing naar A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2012, 1227-1228.

<sup>1853</sup> Art. 39/2, § 2, Vreemdelingenwet. G. DEBERSAQUES en F. DE BOCK, "Rechtsbescherming tegenover de overheid bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen", in M.-C. FOLETS, S. LUST, D. VANHEULE en Ph. DE BRUYCKER (eds), *Migratie- en migrantenrecht: De nieuwe Vreemdelingenwet: België in lijn met de Europese regelgeving, deel 12*, Brugge, die Keure, 2007, 356 e.v.

<sup>1854</sup> Art. 39/2, tweede lid, 1° en 2°, Vreemdelingenwet. Voor de uitzonderingen, zie art. 39/2 § 1, derde lid, Vreemdelingenwet.

grond van het geschil, waarbij hij de bevoegdheid heeft tot hervorming of tot bevestiging van de door het CGVS genomen beslissingen ongeacht het motief waarop de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen de bestreden beslissing heeft gesteund. De hervorming of bevestiging is beperkt tot het toekennen of al dan niet weigeren van de vluchtelingenstatus dan wel de subsidiaire beschermingsstatus. De Raad kan geen rekening houden met andere beschermingsgronden dan deze twee asielgronden. Er kunnen onder bepaalde voorwaarden nieuwe bewijselementen aan de Raad worden voorgelegd.<sup>1855</sup>

In het kader van de uitoefening van deze hervormingsbevoegdheid, heeft de Raad een eveneens annulatiebevoegdheid met terugwijzing. Deze bevoegdheid is beperkt tot twee limitatief bepaalde gronden:

- omdat aan de bestreden beslissing een substantiële onregelmatigheid kleeft die door de Raad niet kan worden hersteld;
- omdat essentiële elementen ontbreken die inhouden dat de Raad niet kan komen tot een bevestiging of hervorming zonder aanvullende onderzoeksmaatregelen hiertoe moeten bevelen.

Deze beperkte annulatiebevoegdheid geldt als compensatie voor het feit dat de Raad niet over een onderzoeksbevoegdheid beschikt en kan pas worden uitgeoefend indien de Raad vaststelt dat hij beroep niet ten gronde kan onderzoeken.

Het hervormingsberoep bij de Raad heeft devolutieve werking waardoor de zaak in zijn geheel bij de Raad aanhangig gemaakt. Dit houdt in dat de hervormingsbevoegdheid van de Raad niet beperkt is tot het onderzoek van de (wettigheid) van de bestreden beslissing maar in wezen inhoudt dat de zaak is overgegaan met al de feitelijke en juridische vragen die ermee samenhangen (volle rechtsmacht). De zaak wordt in zijn geheel aan een nieuw onderzoek onderworpen, maar daarbij moet worden opgemerkt dat hoewel de Raad zich opnieuw uitspreekt over de grond van de zaak, hij beperkt is tot de aangehaalde middelen zoals die zijn uiteengezet in het inleidende verzoekschrift. De Raad kan enkel ambtshalve middelen opwerpen voor zover deze de openbare orde raken. Het hervormingsberoep heeft van rechtswege een automatisch schorsend karakter.<sup>1856</sup>

Voor beslissingen van het CGVS tot niet-inoverwegingneming van een asielaanvraag van onderdaan van een veilig land van herkomst<sup>1857</sup> en van een meervoudige asielaanvraag<sup>1858</sup>, is eveneens automatisch schorsend beroep bij de Raad mogelijk. De omvang van dit beroep is wat ruimer dan het 'klassieke' hervormingsberoep. Het beroep tegen deze twee soorten beslissingen tot niet-inoverwegingneming houdt in dat de Raad de bestreden beslissing niet alleen kan bevestigen, hervormen of vernietigen wegens substantiële onregelmatigheden of omdat essentiële elementen ontbreken, maar ook kan vernietigen omdat er ernstige aanwijzingen bestaan dat de verzoeker in aanmerking zou komen voor de erkenning van de hoedanigheid van vluchteling of voor de toekenning van subsidiaire bescherming.<sup>1859</sup> In dit geval moet het CGVS de asielaanvraag opnieuw en ten gronde onderzoeken.

Voor beslissingen tot niet-inoverwegingneming van een meervoudig aanvraag kan van het automatisch schorsend effect van het ingediende beroep bij de Raad worden afgeweken in twee welbepaalde gevallen: (i) een tweede asielaanvraag werd ingediend binnen de achtenveertig uur voor de verwijdering louter teneinde de uitvoering van een beslissing die tot zijn verwijdering van het grondgebied zou leiden, te vertragen of te verhinderen en een terugkeerbesluit leidt niet tot direct of indirect refoulement ; of (ii) de betrokkene heeft een

---

<sup>1855</sup> Art. 39/76, § 1, Vreemdelingenwet.

<sup>1856</sup> Art. 39/70 Vreemdelingenwet.

<sup>1857</sup> Art. 57/6/1, eerste lid, Vreemdelingenwet.

<sup>1858</sup> Art. 57/6/2 Vreemdelingenwet

<sup>1859</sup> Art. 39/2, § 1, tweede lid, 3°, Vreemdelingenwet.

derde asielaanvraag ingediend nadat een definitieve beslissing werd genomen over een eerste volgende asielaanvraag en een terugkeerbesluit leidt niet tot direct of indirect refoulement.<sup>1860</sup>

Tegen andere beslissingen van het CGVS tot niet-inoverwegingneming van een asielaanvraag ingediend door een Unieburger<sup>1861</sup> of van een vreemdeling die al een vluchtelingenstatus heeft verkregen in een lidstaat van de EU<sup>1862</sup> en de zgn. technische weigerings door het CGVS<sup>1863</sup>, staat enkel een niet-schorsend annulatieberoep bij de Raad open.<sup>1864</sup>

Ook over de overige beroepen (het zgn. ‘migratiecontentieux’), doet de Raad uitspraak als annulatierechter wegens overtreding van hetzij substantiële, hetzij op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, overschrijding of afwending van macht. De Raad kan als annulatierechter enkel een wettigheidstoezicht op de bestreden beslissing uitoefenen en kan niet de opportuniteit van de beslissing onderzoeken. De Raad neemt kennis van de feiten en is vervolgens bevoegd om na te gaan of de bevoegde overheid bij het nemen van de bestreden beslissing is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan niet kennelijk onredelijk tot haar besluit is gekomen. De toets aan de ‘kennelijke onredelijkheid’ betreft een marginale toetsing waarbij de Raad een zekere reserve of terughoudendheid dient te betonen tegenover de betrokken beslissing en discretionaire bevoegdheid van het bestuur. De Raad mag zich niet verplaatsen in de schoenen van de overheid noch een opportuniteitsoordeel vellen. Aangezien de overheid een zekere marge heeft kan de Raad de beslissing slechts vernietigen indien de overheid manifest de grenzen te buiten is gegaan van wat redelijk is.

Ook hier is de Raad beperkt tot de aangehaalde middelen zoals die zijn uiteengezet in het inleidende verzoekschrift. De Raad kan enkel ambtshalve middelen opwerpen voor zover deze de openbare orde raken. Tenslotte kan de Raad of is de Raad niet verplicht om nieuwe bewijselementen in overweging te nemen of de actuele situatie van de vreemdeling te onderzoeken. Vaste rechtspraak van de Raad luidt dat de regelmatigheid van een administratieve rechtshandeling wordt beoordeeld in functie van de gegevens waarvoor het bestuur ten tijde van het nemen van zijn beslissing kon beschikken om deze beslissing te nemen. De Raad zal zich voor zijn wettigheidstoets plaatsen op het ogenblik van de bestreden beslissing. De Raad is derhalve niet ertoe gehouden eventuele nieuwe bewijselementen in overweging te nemen. De Raad is evenmin ertoe gehouden om, teneinde de wettigheidstoetsing uit te voeren, de actuele situatie van de betrokken vreemdeling te onderzoeken, met andere woorden op het ogenblik dat hij uitspraak doet, ten opzichte van de situatie die gold in zijn land van herkomst.<sup>1865</sup> Hierbij moet worden verduidelijkt dat EVRM-bepalingen volgens vaste rechtspraak van de Raad van State de openbare orde niet raken.<sup>1866</sup>

In de praktijk betekent dit dat bijvoorbeeld beroepen tegen een negatieve asielbeslissing, enerzijds, en tegen een bevel om het grondgebied te verlaten dat werd genomen als volgbeslissing van de asielbeslissing, anderzijds, afzonderlijk in de twee verschillende contentieux van de Raad zullen worden behandeld.

---

<sup>1860</sup> Art. 39/70, tweede lid, Vreemdelingenwet.

<sup>1861</sup> Art. 57/6, eerste lid, 2°, Vreemdelingenwet.

<sup>1862</sup> Art. 57/6/3 Vreemdelingenwet.

<sup>1863</sup> Art. 52, § 2, 3° tot 5°, § 3, 3°, § 4, 3° en art. 57/10 Vreemdelingenwet.

<sup>1864</sup> Art. 39/2, § 1, derde lid, en § 2, Vreemdelingenwet.

<sup>1865</sup> GwH 16 januari 2014, 1/2014, punt. B.8.1.

<sup>1866</sup> RvS 21 december 2011, nr. 216.972.

## **§ 2. Nederland**

753. In de Vreemdelingenwet 2000 (hierna: Vw 2000) heeft de Nederlandse wetgever oorspronkelijk een duidelijke scheiding willen aanbrengen tussen het regulier toelatingsbeleid en het asielbeleid (de zgn. ‘waterscheiding’).<sup>1867</sup> Zo worden onder hoofdstuk 3 Vw 2000, afdeling 3 de situaties aangegeven waarin een reguliere verblijfsvergunning voor bepaalde tijd wordt verleend, en worden in afdeling 4 de situaties aangegeven waarin een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd worden verleend.

Artikel 13 Vw 2000 geeft de hoofdgronden voor de verlening van een verblijfsvergunning in het kader van zowel het regulier toelatingsbeleid als het asielbeleid (de zgn. ‘pijlers van het toelatingsbeleid’).<sup>1868</sup> Verblijfsvergunningen worden slechts verleend 1) op grond van internationale verplichtingen, of 2) vanwege een wezenlijk Nederlands belang, of 3) vanwege klemmende redenen van humanitaire aard.

In grote lijnen kan men stellen dat men in Nederland op asielgronden kan worden toegelaten als gevolg van internationale en EU-verplichtingen (bv. het VN-Vluchtelingenverdrag of artikel 3 EVRM, EU-asielrichtlijnen). Men kan op reguliere gronden worden toegelaten als gevolg van internationale verplichtingen (bv. artikel 8 EVRM), vanwege een wezenlijk Nederlands belang (bv. buitenlandse werknemers of studenten) of vanwege klemmende redenen van humanitaire aard.<sup>1869</sup>

De mogelijkheid om een verblijfsvergunning te verlenen op grond van klemmende redenen van humanitaire aard, kan een uitkomst bieden voor situaties waarin geen internationale verplichtingen van toepassing zijn of waarin geen wezenlijk Nederlands belang wordt gediend. Oorspronkelijk konden, in die zin, humanitaire gronden die gerelateerd waren aan de situatie in het land van herkomst en die ertoe leidden dat de vreemdeling daarheen niet kon terugkeren, aanleiding geven tot de verlening van een asielvergunning. De bevoegde Minister kon immers, na een belangenafweging (de belangen van de Nederlandse samenleving vs. de belangen van de vreemdeling), tot de conclusie komen dat een afwijzing van de aanvraag en terugkeer naar het land van herkomst tot onevenredige hardheid zou leiden.<sup>1870</sup> Per januari 2014 is het wetsvoorstel strekkende tot Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met het herschikken van de gronden voor asielverlening in werking getreden, waardoor een asielvergunning nu enkel op basis van internationale en EU-verplichtingen kan worden verleend.<sup>1871</sup>

Klemmende redenen van humanitaire aard kunnen nu enkel aanleiding geven tot de verlening van een reguliere verblijfsvergunning. Deze toelatingsgrond wordt dan toegepast in situaties waarin er een ruimere bescherming nodig is, m.a.w. het gaat dan niet enkel om de bescherming tegen gevaren die een vreemdeling zou lopen in het land van herkomst maar bijvoorbeeld ook om bescherming omwille van de kwetsbaarheid van een vreemdeling (bv. een niet-begeleide minderjarige vreemdeling), omwille van medische redenen of omwille van

---

<sup>1867</sup> Memorie van toelichting, *Kamerstukken II* 1998-1999, 26 732, nr. 3, 2.

<sup>1868</sup> Artikel 13 Vw 2000 richt zich als zodanig niet op gemeenschapsonderdanen. Zij behoeven immers geen verblijfsvergunning, omdat hun verblijfsrecht rechtstreeks voortvloeit uit het gemeenschapsrecht. Nota van wijziging 21 februari 2000, *Kamerstukken II* 1999-2000, 26 732, nr. 8, 6.

<sup>1869</sup> Nota naar aanleiding van het Verslag (Algehele herziening van de Vreemdelingenwet), *Kamerstukken II* 1999-2000, 26 732, nr. 7, par. 1.9.2.

<sup>1870</sup> H.K. SNOEIJES, *Klemmende redenen van humanitaire aard: duidelijk omliggende asiel- en reguliere gronden of restcategorie?*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2004, 1-2.

<sup>1871</sup> Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 van 25 november 2013 in verband met het herschikken van de gronden voor asielverlening, *Stb.* 2013, nr. 587.

nauwe banden met Nederland (bv. m.b.t. een gezinshereniging en gezinsvorming). Klemmende redenen van humanitaire aard worden dan ook gezien als een ‘restcategorie van bescherming’ voor vreemdelingen.<sup>1872</sup>

754. Het aanhouden van de waterscheiding tussen reguliere gronden en asielgronden heeft in beginsel tot gevolg dat asielgerelateerde feiten en omstandigheden niet worden onderzocht in een reguliere procedure en, omgekeerd, dat feiten en omstandigheden gelinkt aan reguliere gronden niet worden onderzocht in de asielprocedure. Deze scheiding heeft ook tot gevolg dat men in beginsel niet gelijktijdig een asielaanvraag en een reguliere verblijfsaanvraag kan indienen. Indien een asielzoeker reeds eerder een aanvraag voor verlening van een reguliere verblijfsvergunning heeft ingediend waarop nog niet onherroepelijk werd beslist en de asielzoeker heeft op grond van die aanvraag een rechtmatig verblijf in Nederland (m.a.w. de vreemdeling heeft de voorlopige toestemming om op het Nederlandse grondgebied te blijven en is dus tegen uitzetting beschermd), dan wordt de asielaanvraag op imperatieve gronden afgewezen.<sup>1873</sup> Wenst de vreemdeling toch in aanmerking te komen voor een verblijfsvergunning asiel, dan wordt van hem verwacht dat hij de procedure met betrekking tot de aanvraag van een verblijfsvergunning regulier stopzet.<sup>1874</sup> In dezelfde zin kan een vreemdeling die reeds over een verblijfsvergunning beschikt, zij het een reguliere of asielvergunning, voor bepaalde of onbepaalde tijd, geen asielaanvraag indienen. De gedachte achter dit artikel is dat de vreemdeling niet met terugzending naar het land van herkomst wordt bedreigd als hij rechtmatig verblijf heeft. De imperatieve formulering van die afwijzingsgrond is ingegeven door het feit dat de vreemdeling de toepassing ervan zelf in de hand heeft, bijvoorbeeld omdat hij een reguliere verblijfsvergunning heeft aangevraagd.<sup>1875</sup>

Volledigheidshalve wordt in dit verband nog opgemerkt dat de ambtshalve verlening van een verblijfsvergunning regulier – bijvoorbeeld aan een alleenstaande minderjarige asielzoeker of een slachtoffer van mensenhandel of omwille van ziekte – hangende de asielaanvraag er niet toe leidt dat de asielaanvraag wordt afgewezen. Er wordt niet gedifferentieerd naar de grondslag van de ambtshalve verlening. In al die gevallen gaat het om een verblijfsvergunning die wordt verleend zonder dat de asielzoeker daarom heeft gevraagd.<sup>1876</sup>

755. Waar in 2000 het oogpunt was dat men van deze strikte scheiding tussen het asielbeleid en het regulier toelatingsbeleid in principe niet zou afwijken, blijkt dat deze scheiding in de loop der jaren meer en meer is verwaterd. In 2014 werd deze echter weer scherper gesteld, zoals de bespreking van de Nederlandse beschermingsgronden zal verduidelijken. Er wordt benadrukt dat in dit onderdeel niet wordt gestreefd naar een exhaustieve bespreking maar dat enkel de grote lijnen uiteengezet zullen worden.

---

<sup>1872</sup> H.K. SNOEIJES, *Klemmende redenen van humanitaire aard: duidelijk omliggende asiel- en reguliere gronden of restcategorie?*, *supra* noot 1870, 158 p.

<sup>1873</sup> Zie art. 30, lid 1 onder (c), Vw 2000. Een imperatieve afwijzingsgrond laat toe om een aanvraag, zonder inhoudelijke beoordeling en zondar dat aan de asielzoeker bescherming in Nederland moet worden geboden, af te wijzen.

<sup>1874</sup> Art. C.3/4 Vc.

<sup>1875</sup> Zie art. 30, lid 1 onder (b), Vw 2000.

<sup>1876</sup> Zie art. 30 lid 2, Vw 2000 en art. C.3/4 Vc. Besluit Modern Migratiebeleid, Nota van Toelichting, *Stb.* 2010, nr. 307, 111.

## A. Beschermingsgronden in het Nederlandse asielbeleid

### a.) Algemeen

756. Het Nederlandse asielbeleid is sinds 2014 enkel gestoeld op internationale en EU-verplichtingen. Artikel 29, eerste lid, Vw 2000 bepaalt dat een asielvergunning *kan* worden verleend aan een vreemdeling. Artikel 29 Vw 2000 is dus opgevat als een ‘kan’-bepaling. Daar werd bewust voor gekozen: er werd gezocht naar een “*werkbaar evenwicht tussen duidelijkheid van de regel en flexibiliteit van het onvoorziene geval*”. Door een beoordelingsvrijheid te voorzien werd volgens de Nederlandse overheid een redelijke uitkomst in onvoorziene individuele gevallen verzekerd.<sup>1877</sup>

757. Artikel 29 Vw 2000 luidt:

1. Een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd als bedoeld in artikel 28 kan worden verleend aan de vreemdeling:

- a) die verdragsvluchteling is; of
- b) die aannemelijk heeft gemaakt dat hij gegronde reden heeft om aan te nemen dat hij bij uitzetting een reëel risico loopt om te worden onderworpen aan:
  1. doodstraf of executie;
  2. foltering, onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen; of
  3. ernstige en individuele bedreiging van het leven of de persoon van een burger als gevolg van willekeurig geweld in.

2. Een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd als bedoeld in artikel 28 kan voorts worden verleend aan de hierna te noemen gezinsleden, indien deze op het tijdstip van binnenkomst van de in het eerste lid bedoelde vreemdelingen behoorden tot diens gezin en gelijktijdig met die vreemdeling Nederland zijn ingereisd dan wel zijn nagereisd binnen drie maanden nadat aan die vreemdeling de verblijfsvergunning voor bepaalde tijd, bedoeld in artikel 28, is verleend:

- a) de echtgenoot of het minderjarige kind van de in het eerste lid bedoelde vreemdeling;
- b) de vreemdeling die als partner of meerderjarig kind van de in het eerste lid bedoelde vreemdeling zodanig afhankelijk is van die vreemdeling, dat hij om die reden behoort tot diens gezin;
- c) de ouders van de in het eerste lid bedoelde vreemdeling, indien die vreemdeling een alleenstaande minderjarige is in de zin van artikel 2, onder f, van Richtlijn 2003/86/EG van de Raad van 22 september 2003 inzake het recht op gezinshereniging (PbEU 2003, L 251).

Deze verschillende asielgronden onder artikel 29 Vw 2000 worden van elkaar onderscheiden waarbij de a- en b-gronden onder lid 1 de materiële verleningsgronden uitmaken, enerzijds, en de a-, b- en c-gronden onder lid 2 de gronden voor afgeleid verblijf, anderzijds.

758. In Nederland werd ervoor gekozen om een asielaanvraag via een unieke asielprocedure te onderzoeken, waarbij de verleningsgronden worden getoetst in de volgorde waarin deze in de wet staan. De unieke asielprocedure leidt, bij een positieve beschikking, in Nederland tot het ‘één-statussysteem’. Alle asielgerelateerde gronden leiden tot één beschermings- en verblijfsstatus: een asielvergunning voor bepaalde tijd, dit is voor ten hoogste vijf achtereenvolgende jaren, waaraan, ongeacht de asielgerelateerde grond, dezelfde rechten en voorzieningen, van hoog niveau, zijn verbonden.<sup>1878</sup> Een asielvergunning van bepaalde tijd,

---

<sup>1877</sup> Zie Nota naar aanleiding van het Verslag (Algehele herziening van de Vreemdelingenwet), *Kamerstukken II* 1999-2000, 26 732, nr. 7, par. 1.8.

<sup>1878</sup> Onder de oude Vreemdelingenwet van 1994 was er sprake van verschillende asielstatussen, waarvan de geldigheidsduur, de mogelijkheden tot intrekking en de bijbehorende voorzieningspakketten sterk verschilden. Dit

d.i. tijdelijke aard, kan gedurende die vijf jaar worden ingetrokken. Na vijf jaar kan een asielvergunning voor onbepaalde duur worden bekomen.

759. Bij een afwijzende beschikking, zal de afwijzing van de asielaanvraag meerdere rechtsgevolgen inhouden, zodat wordt gesproken van een 'meeromvattende beschikking' (artikel 45, lid 1, Vw 2000). De betrokken asielzoeker heeft in beginsel niet alleen geen rechtmatig verblijf meer, maar kan ook niet langer aanspraak maken op opvangvoorzieningen en hij zal uit eigen beweging Nederland binnen de 28 dagen moeten verlaten. De afwijzende beschikking is dus tevens een terugkeerbesluit in de zin van de Terugkeerrichtlijn. Indien de vreemdeling binnen deze termijn Nederland niet verlaat, kan men tot uitzetting overgaan.

Door deze meeromvattende beschikking wordt het aantal mogelijkheden tot opeenvolgende procedures verminderd, aangezien het afwijzen van een asielaanvraag eveneens leidt tot de beëindiging van de opvang en uitzetting indien de afgewezen asielzoeker Nederland niet uit eigen beweging verlaat. Voor de Vreemdelingenwet 2000 was het nodig om aparte besluiten te nemen alvorens kon worden overgegaan tot uitzetting. Tegen deze besluiten kon afzonderlijk worden geprocedeerd. Onder de Vreemdelingenwet 2000 zijn dit van rechtswege intredende rechtsgevolgen van het niet inwilligen van een asielaanvraag. In een systeem waarin van rechtswege bepaalde gevolgen intreden, wordt het aantal zelfstandige procedures verminderd doordat in één procedure alle gevolgen van een afwijzing van een aanvraag aan de rechter ter beoordeling worden voorgelegd.<sup>1879</sup>

#### b.) Internationale en EU-beschermingsgronden in het Nederlandse asielbeleid

760. De gronden a en (b) onder artikel 29 Vreemdelingenwet 2000 zijn gebaseerd op internationale verplichtingen, onder meer het VN-Vluchtelingenverdrag alsook artikel 3 EVRM, 3 CAT, 7 IVBPR<sup>1880</sup> en artikel 15 Kwalificatierichtlijn 2004.<sup>1881</sup> In de Vreemdelingencirculaire (hierna: Vc) worden deze gronden dan ook aangeduid en verder besproken onder de titel "*Internationale bescherming*" (zie Vc C2/3).

761. Binnen de a-grond onder lid 1 van artikel 29 Vw 2000, speelt bovendien ook nog het door Nederland gevoerde landgebonden beleid. Het landgebonden asielbeleid bevat beleidsregels ten aanzien van het land van herkomst van vreemdelingen die een aanvraag voor een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd hebben ingediend. Een algemeen ambtsbericht van het Ministerie van Buitenlandse Zaken over de situatie in een land wordt betrokken bij

---

leidde ertoe dat veel toegelaten asielzoekers doorprocedeerden voor een 'sterkere' status met een beter voorzieningenpakket, met lange procedures als gevolg. Om het aantal opeenvolgende zelfstandige procedures per asielzoeker te verminderen is in de Vw 2000 een vereenvoudigd, volgtijdelijk statussysteem opgenomen: bij inwilliging van een asielverzoek wordt altijd eerst een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd verleend (art. 29 Vw 2000), die na vijf jaar kan worden omgezet in een verblijfsvergunning asiel voor onbepaalde tijd (art. 33 en 34 Vw 2000). Elke houder van een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd heeft recht op hetzelfde voorzieningenpakket. Dit ligt op het niveau van het pakket waarop onder de oude wet alleen een verdragsvluchteling recht had. Er is dus sprake van een hoog voorzieningsniveau. Doorprocederen voor een 'sterkere' status en een beter voorzieningenpakket is hierdoor niet meer nodig en mogelijk. Bij inwilliging van de asielaanvraag wordt de verleningsgrond wel in de beschikking vermeld, maar niet de redenen voor het niet inwilligen van de andere mogelijke verlengingsgronden. Memorie van toelichting bij de algehele herziening van de Vreemdelingenwet (Vreemdelingenwet 2000), *Kamerstukken II*, 1999-2000, 23 732, nr. 3. Zie ook M. KROMHOUT, "De beleidstheorie van de Vreemdelingenwet 2000 inzake asiel", in M. SCHELTEMA (voorzitter Commissie Evaluatie Vreemdelingenwet 2000), *Evaluatie Vreemdelingenwet 2000: De asielprocedure, deel 1*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2006, 50.

<sup>1879</sup> E. KAMPSTRA, *Vreemdelingenrecht*, Deventer, Kluwer, 2012, 4.

<sup>1880</sup> Zie Memorie van toelichting, Algehele herziening van de Vreemdelingenwet, *Kamerstukken II* 1998-1999, 26 732, nr. 3, 37-38.

<sup>1881</sup> Zie hierover G. LODDER, *Vreemdelingenrecht in vogelvlucht: over toelating en verblijf van vreemdelingen in Nederland*, Den Haag, SDU Uitgevers, 2011, 119-121.



het asielbeleid ten aanzien van dat land. Het landgebonden asielbeleid is een uitwerking van het algemene beleid en betreft geen uitzonderingsregeling. De Nederlandse overheid benadrukt dat ondanks dit landgebonden asielbeleid, het niettemin gaat om internationale bescherming.

Elk land kan bijgevolg onderwerp zijn van een speciaal beleid, bijvoorbeeld met betrekking tot uitzonderlijke omstandigheden, een bepaalde regio in een bepaald land van herkomst of met betrekking tot een bepaalde groep in het land van herkomst. Hoewel de algemene wet- en regelgeving steeds de basis blijft voor de individuele beoordeling van asielaanvragen, kunnen binnen het landgebonden asielbeleid immers omstandigheden en bevolkingsgroepen worden aangewezen die extra aandacht vragen, bv. omdat er een risico is op mensenrechtenschendingen.

Wat betreft vervolging in de zin van het VN-Vluchtelingenverdrag, gaat het meer bepaald om:

- a. Situaties van groepsvervolging wanneer een groep vreemdelingen systematisch wordt blootgesteld aan vervolging wegens één van de gronden in het VN-Vluchtelingenverdrag.<sup>1882</sup> Zo wordt in het landgebonden asielbeleid t.a.v. Irak geduid dat men Iraakse vreemdelingen met een homoseksuele of biseksuele geaardheid en transgenders (verder: LHBT's) als een groep beschouwt die systematisch wordt blootgesteld aan vervolging in de zin van artikel 1A Vluchtelingenverdrag.<sup>1883</sup>
- b. Risicogroepen.<sup>1884</sup> Zo worden in het landgebonden beleid t.a.v. Soedan volgende risicogroepen aangeduid:<sup>1885</sup>
  - vreemdelingen behorend tot de niet-Arabische bevolkingsgroepen uit Darfoer (Noord-, Zuid-, en West-Darfoer);
  - vreemdelingen behorend tot de bevolkingsgroep van de Nuba;
  - vreemdelingen die (vermeend) aanhangers zijn van SPLM/Noord in Soedan.

Ten aanzien van Afghanistan worden volgende risicogroepen aangeduid:<sup>1886</sup>

- vreemdelingen die afkomstig zijn uit een gebied waar zij tot een etnische minderheid behoren;
- vreemdelingen die afkomstig zijn uit een gebied waar zij tot een religieuze minderheid behoren;
- Homoseksuelen, biseksuelen en transseksuelen.

---

<sup>1882</sup> C2/3.2 Vc 2000 bepaalt: "Er is sprake van groepsvervolging, als in een land van herkomst een groep vreemdelingen systematisch wordt blootgesteld aan vervolging wegens een van de gronden van artikel 1A Vluchtelingenverdrag. Situaties waarin sprake is van groepsvervolging worden opgenomen in het landgebonden beleid. Ook voor de vreemdeling die zich beroept op groepsvervolging geldt het individualiseringsvereiste. De vreemdeling moet aannemelijk maken dat hij behoort tot de groep vreemdelingen voor wie groepsvervolging wordt aangenomen."

<sup>1883</sup> C7/13.3.2 Vc 2000.

<sup>1884</sup> C2/3.2 Vc 2000 bepaalt: "De Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie kan een bevolkingsgroep als risicogroep aanwijzen als blijkt dat vervolging van vreemdelingen behorend tot deze bevolkingsgroep in het land van herkomst voorkomt. Het hoeft daarbij niet te gaan om systematische vormen van vervolging van een bevolkingsgroep. Ook als de vervolging een meer incidenteel karakter heeft, kan de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie een bevolkingsgroep aanwijzen als risicogroep. De vreemdeling die behoort tot een bevolkingsgroep die in het landgebonden beleid door de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie is aangewezen als een risicogroep, kan indien er sprake is van geloofwaardige en individualiseerbare verklaringen, met geringe indicaties aannemelijk maken dat zijn problemen die verband houden met één van de vervolgingsgronden leiden tot een gegronde vrees voor vervolging. Het individualiseringsvereiste blijft van toepassing op de vreemdeling, die behoort tot een risicogroep."

<sup>1885</sup> C7/25.3.2 Vc 2000.

<sup>1886</sup> C7/2.3.2. Vc 2000.

762. Bij de implementatie van de Kwalificatierichtlijn 2004 achtte de Nederlandse overheid het destijds niet noodzakelijk om alle onderdelen van artikel 15 Kwalificatierichtlijn 2004 expliciet in artikel 29, eerste lid, (b), Vw 2000 op te nemen. Artikel 15 Kwalificatierichtlijn 2004 werd zo begrepen dat de onderdelen (a), (b) en (c) een opsomming geven van situaties waarin sprake zou zijn van strijdigheid met het verbod van refoulement in artikel 3 EVRM en de jurisprudentie van het EHRM. Artikel 29, eerste lid, (b), Vw 2000 beperkte zich oorspronkelijk dan ook tot de bepaling dat een asiolvergunning kan worden verleend aan de vreemdeling die aannemelijk maakt dat hij gegronde redenen heeft om te vrezen dat hij na uitzetting in het land van herkomst een reëel risico loopt om te worden onderworpen aan folteringen, aan onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen. Deze bepaling was ontleend aan artikel 3 EVRM, waar ook artikel 15 (b) Kwalificatierichtlijn 2004 is op gebaseerd. De onderdelen a en (c) van artikel 15 van de richtlijn werden destijds wel als verduidelijking van de toelatingsgrond in artikel 29, eerste lid, (b), Vw 2000 geïmplementeerd in artikel 3.105d van het Vreemdelingenbesluit 2000 (hierna: Vb).

763. Na de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Elgafaji*,<sup>1887</sup> oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) in de individuele zaak die aan de basis lag van het arrest van het Hof. De Afdeling overwoog dat uit de rechtsoverwegingen 35 tot en met 40 in samenhang met rechtsoverweging 43 van het arrest *Elgafaji*, kan worden afgeleid dat artikelen 15c en artikel 2 (e) Kwalificatierichtlijn 2004 bescherming beogen te bieden in de uitzonderlijke situatie dat de mate van willekeurig geweld in het aan de gang zijnde gewapend conflict dermate hoog is dat zwaarwegende gronden bestaan om aan te nemen dat een burger die terugkeert naar het betrokken land of, in voorkomend geval, naar het betrokken gebied, louter door zijn aanwezigheid aldaar een reëel risico loopt op een ernstige bedreiging van leven of persoon. Volgens de Afdeling wordt deze ('uitzonderlijke') situatie ook door artikel 3 EVRM bestreken, gezien de uitspraak van het EHRM in de zaak *N.A.*, een uitspraak waar het Hof van Justitie zelf naar verwijst in de zaak *Elgafaji*.<sup>1888</sup> De Afdeling stelde dus dat de materiële werkingssfeer van artikel 15c Kwalificatierichtlijn 2004 volgens de in het arrest van het Hof van Justitie gegeven uitleg niet breder is dan die van artikel 3 EVRM en dus voorzag artikel 29, eerste lid, (b), Vw 2000 dan ook in de vereiste bescherming, aangezien deze bepaling de grondslag biedt voor het verlenen van een vergunning asiel in situaties die door artikel 3 EVRM worden bestreken.

764. Deze uitspraak stond echter op gespannen voet met het arrest *Elgafaji* waarin het Hof duidelijk heeft aangegeven dat de inhoud van artikel 15c Kwalificatierichtlijn 2004 verschilt van die van artikel 3 van het EVRM en dat de uitlegging van artikel 15c dan ook autonoom moet geschieden, maar met eerbiediging van de grondrechten zoals deze door het EVRM worden gewaarborgd. Het Hof van Justitie voegde eraan toe dat artikel 15c Kwalificatierichtlijn 2004 betrekking heeft op een algemener risico op schade dan artikel 15 a en (b) Kwalificatierichtlijn 2004 en dus ruimer is.<sup>1889</sup>

Ook in de Nederlandse rechtsleer lokte deze uitspraak veel reacties uit. SPIJKERBOER merkte op dat de redenering van de Afdeling in strijd is met de bevinding van het Hof dat artikel 15c Kwalificatierichtlijn 2004<sup>1890</sup> ook van toepassing kan zijn op situaties waarin artikel 3 EVRM geen bescherming biedt. Ook DEN HEIJER verduidelijkte dat hoewel beide Europese hoven, m.n. het Hof van Justitie en het EHRM in de respectievelijke arresten

<sup>1887</sup> HvJ 17 februari 2009, nr. C-465/07, *Elgafaji*.

<sup>1888</sup> EHRM 17 juli 2008, nr. 25904/07, *N.A. v. Verenigd Koninkrijk*. Meer bepaald stelt het EHRM dat 'further special distinguishing features' (specifieke individuele kenmerken) niet vereist zijn voor de toepassing van artikel 3 EVRM indien de vreemdeling aannemelijk maakt dat er sprake is van een zeer uitzonderlijke situatie ('most extreme case') van algemeen geweld in zijn land van herkomst.

<sup>1889</sup> HvJ 17 februari 2009, nr. C-465/07, *Elgafaji*, par. 33 en 34.

<sup>1890</sup> Noot T. SPIJKERBOER bij ABRvS 25 juni 2009, nr. 200900815/V2, JV 2009, 330.

*Elgafaji* en *N.A.* duidelijk verwezen naar een algemene geweldsituatie met een dusdanige intensiteit dat het aanvoeren van individuele omstandigheden niet vereist is, beide arresten ‘subtile en mogelijk relevante verschillen’ bevatten. Zo is artikel 15c beperkt tot ‘burgers’ en situaties van ‘gewapend conflict’ maar is de ‘bedreiging van het leven of persoon’ wel ruimer en verwijst het naar een ‘algemener risico op schade’ dan artikel 15 a en (b) van de Kwalificatierichtlijn 2004 en dus artikel 3 EVRM. Door de toets aan artikel 15c van de Kwalificatierichtlijn 2004 gelijk te stellen aan de toets die reeds wordt verricht onder artikel 3 EVRM, meent DEN HEIJER dat de Afdeling een autonome interpretatie van artikel 15c van de Kwalificatierichtlijn onmogelijk maakt en het elke eigenstandige betekenis in het Nederlandse recht verliest.<sup>1891</sup>

765. Hoewel de Nederlandse overheid benadrukte dat van een inhoudelijke wijziging geen sprake was, werd in artikel 29, eerste lid, (b), Vw 2000 dan toch ook uitdrukkelijk de onderdelen a en (c) van artikel 15 van richtlijn 2004/83/EG opgenomen.<sup>1892</sup> Artikel 29, eerste lid, (b), bepaalt nu duidelijk dat een verblijfsvergunning kan worden verleend aan een vreemdeling die aannemelijk heeft gemaakt dat hij gegronde redenen heeft om aan te nemen dat hij bij uitzetting een reëel risico loopt om te worden onderworpen aan:

1. doodstraf of executie;
2. folteringen, onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen, of
3. een ernstige en individuele bedreiging van het leven of de persoon van een burger als gevolg van willekeurig geweld in het kader van een internationaal of binnenlands gewapend conflict.

Reeds in een brief van de Minister van Justitie van 29 maart 2010 werd het beleid in toepassing van artikel 29, eerste lid, (b), Vw 2000 verder verduidelijkt.<sup>1893</sup> De Minister bevestigde de opvatting in de Nederlandse rechtspraak die de materiële werkingssfeer van artikel 15c gelijkstelt aan de materiële werkingssfeer van artikel 3 EVRM. Het verschil ligt eerder in de individualiseringsvereiste. Rechtspraak van het EHRM en het Hof van Justitie leidden, volgens de Minister, tot een beeld waarin de individuele feiten en omstandigheden die van een asielzoeker worden verlangd, enerzijds, en de algehele gewelds- en mensenrechtensituatie, anderzijds, als communicerende vaten kunnen worden voorgesteld. Met andere woorden, wanneer in een land van herkomst de gewelds- en mensenrechtensituatie slechter wordt, dan blijft de individualiseringsvereiste wel gelden t.a.v. de asielzoeker, maar van hem zal minder worden verlangd m.b.t. wat rond zijn individuele situatie naar voren moet worden gebracht. De Minister brengt hiermee de ‘glijdende schaal’ in praktijk waar het Hof van Justitie al naar verwees in het arrest *Elgafaji*: “*Hoe meer de verzoeker het bewijs kan leveren dat hij specifiek wordt geraakt om redenen die te maken hebben met zijn persoonlijke omstandigheden, hoe lager de mate van willekeurig geweld zal zijn die vereist is opdat hij in aanmerking komt voor subsidiaire bescherming*”.<sup>1894</sup>

766. Schematisch stelt de Minister dit voor als een figuur waarbij op de horizontale as de algehele gewelds- en mensenrechtensituatie staat en op de verticale as de mate waarin van de vreemdeling wordt verlangd individuele aspecten naar voren te brengen om zijn claim aannemelijk te maken (zie Figuur 1). Bovenaan tegen de verticale as staat het punt waarbij geen uitzonderlijke algemene situatie aan de orde is en van de vreemdeling volledig wordt verlangd dat met individuele feiten en omstandigheden aannemelijk wordt gemaakt dat er een risico onder artikel 3 EVRM bestaat bij terugkeer. Dit zal voor het grootste deel van de

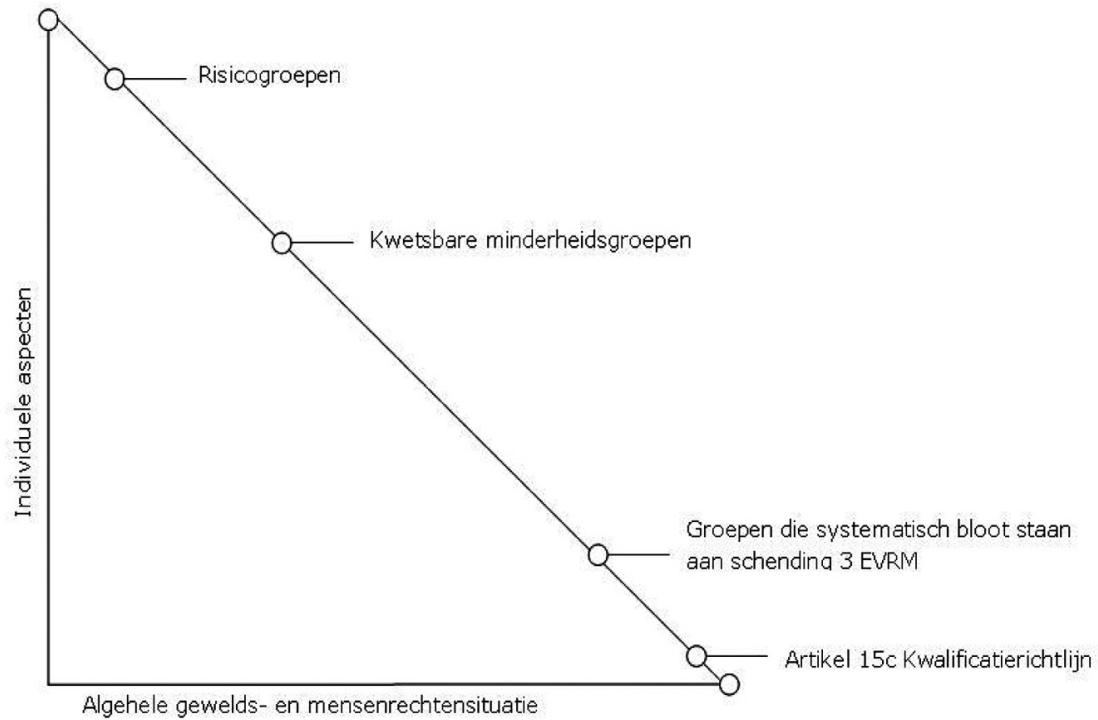
<sup>1891</sup> Noot M. DEN HEIJER bij ABRvS 13 juli 2009, nr. 200903237/1/V2, JV 2009, 352.

<sup>1892</sup> Zie Memorie van toelichting bij Voorstel van wet Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 i.v.m. het aanpassen van de asielprocedure, gepubliceerd op 8 juli 2009, *Kamerstukken II*, 2008-09, 31 994, nr. 2.

<sup>1893</sup> Brief van de Minister van Justitie van 29 maart 2010, *Kamerstukken II*, 2009-10, 29 344, nr. 72.

<sup>1894</sup> HvJ 17 februari 2009, nr. C-465/07, *Elgafaji*, par. 39.

asielaanvragen gelden. Onderaan tegen de horizontale as staat het punt waarin de algehele gewelds- en mensenrechtensituatie zo uitzonderlijk slecht is dat voor elke vreemdeling, ongeacht de individuele omstandigheden bij terugkeer een artikel 3 EVRM-risico aanwezig is (*'most extreme cases of general violence'*). Tussen deze twee punten kan men een lijn trekken of een zgn. glijdende schaal, waarbij in een slechtere algehele situatie er minder nood is aan individuele omstandigheden om aannemelijk te maken dat bij terugkeer een schending op artikel 3 EVRM bestaat.



Figuur 1: De 'glijdende schaal'

767. Ook binnen het onderzoek naar een mogelijke schending van artikel 3 EVRM speelt het Nederlandse landgebonden asielbeleid door. Wat betreft foltering, onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing in de zin van artikel 3 EVRM betreft het meer bepaald volgende omstandigheden of groepen:

a. Uitzonderlijke situatie<sup>1895</sup>

Een situatie bedoeld in artikel 15c Kwalificatierichtlijn 2004 wordt door de Minister onmiddellijk boven het laagste punt geplaatst. Volgens de Minister betreft het hier de omstandigheid waarin binnen een situatie van ‘gewapend conflict’, sprake is van een ‘uitzonderlijke situatie’ waarin de mate van willekeurig geweld in het aan de gang zijnde gewapende conflict dermate hoog is dat een burger die terugkeert louter door zijn aanwezigheid aldaar een reëel risico loopt.

Binnen het landgebonden asielbeleid is bepaald dat er in Soedan sprake is van een uitzonderlijke situatie als bedoeld in artikel 3 EVRM ten aanzien van :<sup>1896</sup>

- a. vreemdelingen afkomstig uit Noord- en Zuid-Darfoer;
- b. vreemdelingen afkomstig uit Zuid-Kordofan (inclusief Abyei) en Blue Nile.

De uitzonderlijke situatie van artikel 15c van richtlijn 2004/83 EG is niet gerelateerd aan een individuele vrees. Een vreemdeling afkomstig uit Noord- en Zuid-Darfoer en uit Zuid-Kordofan (inclusief Abyei) en Blue Nile, kan een vestigingsalternatief in een ander deel van Soedan hebben, wanneer de dreiging waaraan de vreemdeling wordt blootgesteld niet op de vreemdeling is gericht, maar uitsluitend het gevolg is van een extreme situatie van willekeurig geweld als bedoeld in artikel 15c van richtlijn 2004/83 EG. Dit vestigingsalternatief geldt niet voor de vreemdeling, die

- a. behoort tot de niet-Arabische bevolkingsgroep uit Noord- en Zuid-Darfoer;
- b. behoort tot de bevolkingsgroep van de Nuba;
- c. een (vermeende) aanhanger is van SPLM/Noord in Zuid-Kordofan (inclusief Abyei) en Blue Nile.

Uitzondering hierop is de situatie dat de vreemdeling tenminste zes maanden zonder problemen heeft verbleven in de gebieden waar geen sprake is van een uitzonderlijke situatie.

---

<sup>1895</sup> C2/3.3 Vc 2000 bepaalt: “Er is sprake van een uitzonderlijke situatie als bedoeld in artikel 3EVRM (en artikel 15c van de richtlijn 2011/95/EU) indien de algehele gewelds- en mensenrechtensituatie in het land van herkomst, of in een bepaald gebied in dit land zo uitzonderlijk slecht is dat voor elke vreemdeling, ongeacht de individuele omstandigheden bij terugkeer een reëel risico op een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM aanwezig is (in de woorden van het EHRM: most extreme cases of general violence). De Minister is bevoegd een situatie in een land van herkomst aan te merken als uitzonderlijke situatie.

Bij de vraag of sprake is van een uitzonderlijke situatie worden in ieder geval de volgende elementen in samenhang gewogen:

- de vraag of partijen bij het conflict oorlogsmethoden hanteren die de kans op burgerslachtoffers vergroten of burgers als doel nemen;
- de vraag of het gebruik van die methoden wijdverbreid is bij de strijdende partijen;
- de vraag of het geweld wijdverbreid is of plaatselijk;
- de aantallen doden, gewonden en ontheemden onder de burgerbevolking ten gevolge van de strijd.

Het individualiseringsvereiste beperkt zich in deze gevallen tot het afkomstig zijn uit het land of bepaald gebied, waarin sprake is van een uitzonderlijke situatie.

In het landgebonden beleid is opgenomen of er in een bepaald land sprake is van een uitzonderlijke situatie.”

<sup>1896</sup> C7/25.4.1 Vc 2000.

b. Systematische blootstelling, d.i. groepsvervolging<sup>1897</sup>

Een trede hoger wordt de situatie geplaatst van groepen die systematisch blootstaan aan een schending van artikel 3 EVRM. Het volstaat dat de vreemdeling aannemelijk maakt dat hij tot deze groep behoort en er mag niet worden gevraagd om nadere feiten en omstandigheden aan te tonen die de vreemdeling persoonlijk betreffen (*'further special distinguishing features'*).<sup>1898</sup> Op basis van de Nederlandse rechtspraak werd voorheen de Reer Hamar/Benadiri, een minderheidsgroep in Somalië, binnen het landgebonden asielbeleid aangemerkt als een groep die systematisch blootstaat aan schendingen van artikel 3 EVRM.<sup>1899</sup> Momenteel maakt deze minderheidsgroep voorwerp uit van een besluitmoratorium.<sup>1900</sup>

c. Kwetsbare minderheidsgroepen<sup>1901</sup>

Op een hogere trede wordt de situatie van kwetsbare minderheidsgroepen geplaatst.<sup>1902</sup> Voor leden van deze kwetsbare minderheidsgroepen blijft een zekere, zij het beperkte, mate van individualisering vereist. Met name indien de vreemdeling behoort tot een kwetsbare minderheidsgroep, moet hij met op zichzelf beperkte individuele indicaties aannemelijk maken dat in samenhang daarmee een dreigende schending van artikel 3 EVRM aanwezig is.

---

<sup>1897</sup> C2/3.3 Vc 2000 bepaalt: "Het individualiseringsvereiste beperkt zich tot het aannemelijk maken van het behoren tot de bevolkingsgroep of sociale groep, die systematisch een reëel risico loopt op daden als bedoeld in artikel 29 eerste lid, aanhef en onder b, Vw. In het landgebonden beleid is opgenomen of er in een bepaald land ten aanzien van een bevolkingsgroep of sociale groep sprake is van systematische blootstelling aan daden als bedoeld in artikel 29, eerste lid, aanhef en onder b, Vw."

<sup>1898</sup> Dit op basis van rechtspraak van het EHRM, met name EHRM 11 januari 2007, nr. 1948/04, *Salah Sheekh v. Nederland*: 'Further special distinguishing features' zijn niet vereist indien de vreemdeling aannemelijk maakt dat hij deel uitmaakt van een groep die systematisch wordt blootgesteld aan een praktijk van onmenselijke behandelingen. Zie ook EHRM 17 juli 2008, nr. 25904/07, *N.A. v. Verenigd Koninkrijk*, waarin naar het arrest *Salah Sheekh* wordt verwezen.

<sup>1899</sup> Zie noot H. BATTJES bij ABRvS 30 oktober 2009, nr. 200809056/1/V2, JV 2010, 31.

<sup>1900</sup> C7/23.4.2 Vc 2000.

<sup>1901</sup> C2/3.3 Vc 2000 bepaalt: "De Minister is bevoegd om een bevolkingsgroep in een land van herkomst aan te merken als kwetsbare minderheidsgroep.

Bij de vraag of een bevolkingsgroep wordt aangemerkt als kwetsbare minderheid, worden in ieder geval de volgende elementen in samenhang gewogen:

- de vraag of er sprake is van willekeurig geweld of willekeurige mensenrechtenschendingen in het land of in een bepaald gebied van dit land, zoals moord, verkrachting en mishandeling;
- de mate waarin de vreemdeling, die behoort tot de bevolkingsgroep, effectieve bescherming kan inroepen tegen dreigend geweld of mensenrechtenschendingen (zie artikel 3.37c VV);
- de mate waarin de vreemdeling, die behoort tot de bevolkingsgroep, zich kan onttrekken aan dreigend geweld of mensenrechtenschendingen door zich elders te vestigen (zie artikel 3.37d VV).

In het landgebonden beleid is opgenomen, of een bevolkingsgroep wordt aangemerkt als kwetsbare minderheid. Een kwetsbare minderheidsgroep wordt onderscheiden van een risicogroep (zie paragraaf C2/3.2 Vc).

De vreemdeling die behoort tot een bevolkingsgroep die in het landgebonden beleid is aangewezen als een kwetsbare minderheidsgroep, kan indien er sprake is van geloofwaardige en individualiseerbare verklaringen, met beperkte indicaties aannemelijk maken dat hij vreest voor daden als hier bedoeld.

Het individualiseringsvereiste beperkt zich in deze gevallen niet tot wat de vreemdeling persoonlijk heeft ondervonden. De IND weegt op basis van de verklaringen van de vreemdeling mee wat personen, die behoren tot de kwetsbare minderheidsgroep, in de naaste omgeving van de vreemdeling aan mensenrechtenschendingen hebben ondervonden. De vreemdeling hoeft in dit geval niet aannemelijk te maken dat de mensenrechtenschendingen zijn ingegeven door het behoren tot de kwetsbare minderheidsgroep. Deze mensenrechtenschendingen kunnen ook hebben plaatsgevonden in de naaste omgeving van de vreemdeling in het land van herkomst, nadat de vreemdeling al uit het land was vertrokken.

De IND verleent geen verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd op grond van artikel 29 eerste lid, aanhef en onder b, Vw aan de vreemdeling die behoort tot een kwetsbare minderheid, als in ieder geval:

- sprake is van een aanzienlijk tijdsverloop tussen de mensenrechtenschendingen en het vertrek van de vreemdeling uit het land van herkomst;
- de vreemdeling gedurende de periode van aanzienlijk tijdsverloop geen nieuwe problemen heeft ondervonden."

<sup>1902</sup> Dit is gebaseerd op de oorspronkelijke lezing die de Minister van Justitie gaf aan het arrest *Salah Sheekh*. In zijn noot meent BATTJES dat na de uitspraak van de Afdeling Bestuur van de Raad van State van 30 oktober 2010, een wijziging van het beleid nodig is. Zie *supra* noot 1899.

Er moeten hier dus persoonlijke aspecten naar voor gebracht worden in tegenstelling tot de situatie van groepen die systematisch blootstaan aan een schending van artikel 3 EVRM, waar het louter behoren tot een dergelijke groep reeds doorslaggevend is.

Ten aanzien van Afghanistan worden uitsluitend de volgende categorieën als kwetsbare minderheidsgroep beschouwd:<sup>1903</sup>

- a. vreemdelingen die afkomstig zijn uit een gebied waar zij tot een etnische minderheid behoren;
- b. vreemdelingen die afkomstig zijn uit een gebied waar zij tot een religieuze minderheid behoren (bv. sjjiitische moslims, in Nederland bekeerde Afghanen);
- c. alleenstaande vrouwen.

#### c.) Vroegere nationale beschermingsgronden in het Nederlandse asielbeleid

768. Voorheen was het Nederlandse asielbeleid ook gesteund op klemmende redenen van humanitaire aard en bevatte het oude artikel 29 Vw 2000 een zgn. c- en d-grond. Een asielvergunning kon worden verleend aan vreemdelingen:

- c. van wie naar het oordeel van Onze Minister op grond van klemmende redenen van humanitaire aard die verband houden met de redenen van zijn vertrek uit het land van herkomst, in redelijkheid niet kan worden verlangd dat hij terugkeert naar het land van herkomst;
- d. voor wie terugkeer naar het land van herkomst naar het oordeel van Onze Minister van bijzondere hardheid zou zijn in verband met de algehele situatie aldaar.

Ook binnen deze voormalige c- en d-gronden speelde het door Nederland gevoerde landgebonden asielbeleid. Daardoor werden er specifieke groepen aangeduid die in aanmerking konden komen voor bescherming op basis van klemmende redenen van humanitaire aard of voor categoriale bescherming. Een asielaanvraag werd voorheen aan deze aanvullende nationale asielgronden getoetst. De c- en d-gronden uit artikel 29 Vreemdelingenwet 2000 waren terug te leiden tot de derde pijler in het toelatingsbeleid (artikel 13 Vw 2000), nl. de 'klemmende redenen van humanitaire aard'.<sup>1904</sup> In de Vreemdelingencirculaire werden deze gronden voorheen dan ook aangeduid en besproken onder de titel "*Nationale bescherming*". Hoewel deze aanvullende nationale asielgronden sinds januari 2014 zijn vervallen, loont het de moeite om ze kort te bespreken.

---

<sup>1903</sup> C7/2.4.3 Vc 2000.

<sup>1904</sup> Zie Memorie van toelichting, Algehele herziening van de Vreemdelingenwet, *Kamerstukken II* 1998-1999, 26 732, nr. 3, 38. Ook Snoeijs stelt vast dat de c-grond van artikel 29 Vw 2000 een expliciete uitwerking van deze derde pijler in het toelatingsbeleid is, terwijl in de andere gronden een impliciete uitwerking kan worden gezien. Zie H. SNOEIJES, *Klemmende redenen van humanitaire aard: duidelijk omliggende asiel- en reguliere gronden of restcategorie?*, *supra* noot 1870, 43.

### i) Klemmende redenen van humanitaire aard

769. Op basis van de zgn. c-grond van artikel 29, eerste lid, Vw 2000, kon een verblijfsvergunning asiel worden verleend aan de vreemdeling van wie op grond van klemmende redenen van humanitaire aard die verband houden met de redenen van zijn vertrek uit het land van herkomst, in redelijkheid niet verlangd kan worden dat hij terugkeert naar het land van herkomst. Deze 'klemmende redenen van humanitaire aard' werden verder uitgewerkt in de Vreemdelingencirculaire en omvatten de volgende drie situaties:

#### *i.1. Het traumatabeleid: de situatie van de vreemdeling die getraumatiseerd is*

770. Volgens de oude Vreemdelingencirculaire beoogde het traumatabeleid om bescherming te bieden aan vreemdelingen die worden geconfronteerd met een gebeurtenis waarvan wordt aangenomen dat die als traumatiserend wordt ervaren, terwijl als gevolg van de situatie in het land van herkomst kan worden aangenomen dat daders van deze mensenrechtenschendingen in het land van herkomst ongestraft blijven. In dat geval kan van de vreemdeling niet verlangd worden dat hij terugkeert naar het land van herkomst.

Deze gebeurtenis moest het karakter hebben van een mensenrechtenschending. De grondslag van het traumatabeleid was dus niet het (al dan niet medisch aangetoonde) trauma van de vreemdeling, maar wel de traumatische gebeurtenis in relatie tot de feitelijke situatie in het land van herkomst. Niet het trauma maar de gestelde gebeurtenis die aanleiding heeft gegeven tot het vertrek moest worden bewezen. De vreemdelingen-circulaire somde op limitatieve wijze traumatische ervaringen op die aanleiding kunnen geven tot het verlenen van een verblijfsvergunning. Het ging meer bepaald om volgende mensenrechtenschendingen:

- de gewelddadige dood van naaste familieleden of verwanten;
- de gewelddadige dood van andere verwanten of vrienden wanneer betrokkene aannemelijk maakt dat een hechte relatie bestond tussen de overledene en betrokkene;
- een substantiële niet-strafrechtelijke detentie;
- marteling, ernstige mishandeling of verkrachting van de betrokkene;
- het getuige zijn van marteling, ernstige mishandeling of verkrachting van naaste familieleden of huisgenoten;
- het getuige zijn van marteling, ernstige mishandeling of verkrachting van andere verwanten of vrienden wanneer betrokkene aannemelijk maakt dat er een hechte relatie bestond tussen de verwante of vriend en betrokkene.

Deze traumatische ervaringen moesten zijn veroorzaakt van overheidswege, door politieke of militante groeperingen die de feitelijke macht uitoefenen in het land van herkomst of een deel ervan, of door groeperingen waartegen de overheid niet in staat is of niet bereid is bescherming te bieden. Bij de beoordeling van de asielaanvraag werd onderzocht of plegers van traumatische gebeurtenissen in het algemeen worden bestraft in het land van herkomst, waarbij het bestaan van een doeltreffend systeem voor de opsporing, gerechtelijke vervolging en bestraffing wordt nagegaan.

De bewijslast rustte bij de vreemdeling. Het causale verband tussen de traumatische gebeurtenis en de reden van vertrek werd aangenomen als de vreemdeling binnen de zes maanden na de traumatische gebeurtenis het land van herkomst heeft verlaten. Als de periode tussen de traumatiserende gebeurtenis en het vertrek langer was dan zes maanden, wordt de bewijslast voor de asielzoeker om aan te geven dat deze gebeurtenis aanleiding was voor zijn vertrek, zwaarder.



*i.2. Bijzonder individuele klemmende redenen van humanitaire aard: de situatie waar er bijzondere individuele klemmende redenen van humanitaire aard zijn, die niet slaan op traumatische ervaringen maar die verband houden met de redenen van het vertrek uit het land van herkomst en tevens verband houden met het asielrelaas*

771. Een asielzoeker die individuele klemmende redenen van humanitaire aard aanvoerde, die zowel verband hielden met de redenen van het vertrek uit land van herkomst als verband houden met het asielrelaas, kon eveneens in aanmerking komen voor de verlening van een verblijfsvergunning asiel. Deze beoordeling vond echter pas plaats nadat werd vastgesteld dat de vreemdeling niet op grond van artikel 29, eerste lid, onder (a) of (b), Vw 2000 of onder het traumatabeleid in aanmerking komt voor de verlening van een verblijfsvergunning asiel.

De bijzonder individuele omstandigheden dienden anders te zijn dan traumata en dienen van een zodanig klemmende humanitaire aard te zijn dat van de asielzoeker in redelijkheid niet kan worden verlangd dat hij terugkeert naar zijn land van herkomst. Deze humanitaire redenen mochten niet ontstaan zijn na het vertrek uit het land van herkomst. De bijzonder individuele klemmende redenen van humanitaire aard werden niet nader gespecificeerd in de Nederlandse wet- en regelgeving. Wel werd in de Vreemdelingencirculaire verduidelijkt dat klemmende redenen van humanitaire aard die betrekking hebben op een hoge leeftijd of lichamelijke klachten, op de algemene humanitaire situatie in het land van herkomst of die zijn ontstaan na het vertrek uit het land van herkomst, geen reden kunnen zijn voor de verlening van de verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd.

Aan een vreemdeling die in beginsel beschikte over een verblijfsalternatief, kon onder de c-grond een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd worden verleend indien individuele klemmende redenen van humanitaire aard ertoe hebben geleid dat de vreemdeling niet in staat was om naar het verblijfsalternatief te vertrekken en indien deze individuele klemmende redenen van humanitaire aard verband houden met de redenen van vertrek uit het gebied in het land van herkomst waar de vreemdeling oorspronkelijk vandaan komt.

*i.3. Specifieke groepen: de situatie van vreemdelingen die behoren tot specifieke groepen waarvan de Minister op deze c-grond heeft bepaald dat ze in aanmerking komen voor een verblijfsvergunning asiel*

772. In het landgebonden asielbeleid kon de bevoegde Nederlandse Minister specifieke groepen van asielzoekers aanwijzen van wie in redelijkheid niet verwacht kan worden dat zij naar het land van herkomst terugkeren, om andere redenen dan traumata. Deze specifieke groepen konden dus omwille van klemmende redenen van humanitaire aard in aanmerking komen voor de verlening van een verblijfsvergunning asiel. Van deze beleidsmogelijkheid werd bijvoorbeeld onder meer gebruik gemaakt t.a.v. alleenstaande vrouwen van Afghaanse nationaliteit<sup>1905</sup> en Iraanse homoseksuelen, biseksuelen en transseksuelen.<sup>1906</sup> Ook hier vond deze beoordeling echter pas plaats nadat werd vastgesteld dat de vreemdeling niet op grond van artikel 29, eerste lid, onder (a) of (b), Vw 2000 of onder het traumatabeleid in aanmerking kwam voor de verlening van een verblijfsvergunning asiel.

---

<sup>1905</sup> Besluit van de Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie van 2 juni 2006, nummer 2006/22, houdende wijziging van de Vreemdelingen-circulaire 2000, *Stcrt.* 2006, 119, 10. Zoals hierboven vermeld werden alleenstaande Afghaanse vrouwen ook aangewezen als een kwetsbare minderheidsgroep waarvoor eerder een reëel en individueel risico op een behandeling in strijd met art. 3 EVRM wordt aangenomen.

<sup>1906</sup> Besluit van de Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie van 17 november 2006, houdende wijziging van de Vreemdelingen-circulaire 2000, *Stcrt.* 2006, 231, 3.

## ii) Categoriaal beschermingsbeleid

773. Op de zgn. d-grond van artikel 29, eerste lid, Vw 2000 kon een verblijfsvergunning asiel worden verleend aan de vreemdeling voor wie een terugkeer naar het land van herkomst naar het oordeel van de bevoegde Minister van een bijzondere hardheid zou zijn in verband met de algehele situatie daar. Deze beschermingsgrond bood geen bescherming op individuele gronden, maar groepsbescherming of ook wel ‘categoriale bescherming’ genoemd.

Op grond van de Vreemdelingenwet 2000 beschikte de bevoegde Minister over een beleids- en beoordelingsvrijheid in de beoordeling van de vraag of de verlening dan wel beëindiging van categoriale bescherming opportuun is. Een categoriaal beschermingsbeleid kon worden ingesteld t.a.v. asielzoekers die afkomstig zijn uit een bepaald land of een bepaald deel van een land. Het categoriaal beschermingsbeleid kan ook gelden t.a.v. van een bepaalde bevolkingsgroep. Het volstaat dat de asielzoeker aantoont dat hij tot de in het beleid bepaalde groep behoort. De beoordeling of een asielzoeker viel onder het categoriaal beschermingsbeleid had pas plaats nadat was vastgesteld dat de asielzoeker niet in aanmerking kwam voor de verlening van een asielvergunning onder artikel 29, eerste lid, onder (a), (b) of (c), Vw 2000.

De Minister diende zijn categoriaal beschermingsbeleid te voeren op basis van indicatoren die werden vastgelegd in oud artikel 3.106 Vb en verder werden uitgewerkt in voormalige bepaling Vc C2/4.2. Deze indicatoren waren:

- a. de aard van het geweld in het land van herkomst, waarbij een combinatie van vier factoren wordt betrokken, met name:
  - de ernst van de schendingen van de mensenrechten en het oorlogsrecht,
  - de mate van willekeur,
  - de mate waarin het geweld voorkomt, en
  - de mate van geografische spreiding van het geweld;
- b. de activiteiten van internationale organisaties ten aanzien van het land van herkomst indien en voor zover deze een graadmeter vormen voor de positie van de internationale gemeenschap ten aanzien van de situatie in het land van herkomst, en
- c. het beleid in andere landen van de Europese Unie.

In het verleden werd een categoriaal beschermingsbeleid gevoerd t.a.v. Afghanistan, Burundi, DR Congo, Guinee, Irak, Iran, Ivoorkust, Liberia, Libië, Rwanda, Sierra Leone, Soedan, Somalië, Sri Lanka en Syrië. Recent was er nog een categoriaal beschermingsbeleid van kracht ten aanzien van bepaalde bevolkingsgroepen in Soedan, meer bepaald de niet-Arabische bevolkingsgroepen uit de deelstaten Noord-, West- en Zuid-Darfoer. Dit beleid werd op 7 november 2012 stopgezet.<sup>1907</sup>

De voormalige Nederlandse staatssecretaris van Justitie gaf in 2009 haar voornemen te kennen om het categoriaal beschermingsbeleid geheel af te schaffen. Volgens de staatssecretaris was het niet langer verantwoord een dergelijk beleid te voeren wegens het risico van een aanzuigende werking en fraude. Daarenboven was het volgens de staatssecretaris om inhoudelijke juridische redenen niet langer nodig om een nationaal categoriaal beschermingsbeleid te voeren, want “*Collectieve elementen kunnen immers onder*

---

<sup>1907</sup> Besluit van de Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel van 23 oktober 2012, nummer WBV 2012/23, houdende wijziging van de Vreemdelingencirculaire 2000, *Stcrt.* 2012, 22840.

*invloed van het EVRM en het EU-recht een voldoende grote rol spelen in de toepassing van artikel 29, eerste lid, onder b, Vw 2000. Daar komt nog bij dat, met het oog op een geharmoniseerd Europees asielbeleid, inzet op een gezamenlijke appreciatie van de situatie in landen van herkomst en gemeenschappelijke normen voor bescherming meer voor de hand ligt.*<sup>1908</sup>

Deze redenering is ook terug te vinden in het besluit van de Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel van 23 oktober 2012, waarin duidelijk wordt gekozen om Noord- en Zuid-Darfoer alsook Zuid-Kordofan (inclusief Abyei) en Blue Nile als gebieden aan te duiden zoals bedoeld in artikel 15c van de Kwalificatierichtlijn 2004, met een vestigingsalternatief in andere delen van Soedan.<sup>1909</sup>

### iii) Afschaffing van de Nederlandse nationale asielgronden

774. In juni 2012 werd het wetsvoorstel “*Herschikking gronden asielverlening*” bij de Tweede Kamer ingediend. Deze wetswijzing van de Vreemdelingenwet 2000 is sinds januari 2014 van kracht.<sup>1910</sup> De gronden waarop een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd kan worden verleend, neergelegd in het eerste lid, van artikel 29 van de Vw 2000, worden in lijn gebracht met de internationale en Europese gronden voor bescherming, zoals deze zijn opgenomen in Richtlijn 2004/83/EG (de Definitierichtlijn of Kwalificatierichtlijn). Enkel vreemdelingen die internationale bescherming behoeven, d.w.z. wie vluchteling is in de zin van het Vluchtelingenverdrag of wie subsidiaire bescherming behoeft (zie artikel 29, eerste lid, aanhef en onder (a) en (b), Vw 2000), komen nog in aanmerking. De nationale gronden voor asielverlening, zoals voorheen neergelegd in de onderdelen (c) en (d) van artikel 29, eerste lid, zijn komen te vervallen. Ten aanzien van de c-grond is ervoor gekozen het beleidskader op grond waarvan verblijf kan worden toegestaan, gedeeltelijk onder te brengen in het reguliere toelatingsbeleid.<sup>1911</sup>

Uit de memorie van toelichting blijkt dat Europese ontwikkelingen richtinggevend geweest zijn in het voornemen om de nationale asielgronden te laten vervallen. Er wordt gesteld: “*De harmonisering van het Europees asielstelsel concentreert zich op de definitie van het vluchtelingenschap op basis van het Vluchtelingenverdrag en subsidiaire bescherming op basis van andere internationale verdragen, met name het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). De harmonisering van het asielbeleid heeft, in samenhang met ontwikkelingen in de jurisprudentie ten aanzien van bescherming die onder artikel 3 EVRM dient te worden geboden, ertoe geleid dat verblijfsvergunningen asiel in toenemende mate op internationale gronden worden verleend. Dit komt onder meer omdat collectieve elementen in het asielrelaas, onder invloed van het EVRM en het EU-recht, een steeds nadrukkelijker rol zijn gaan spelen in de toets aan de internationale gronden voor asielverlening. De toegevoegde waarde van de nationale asielgronden is daardoor afgenomen.*”<sup>1912</sup>

De memorie van toelichting bevat een tabel waaruit blijkt dat de toelating op de b-grond van het eerste lid van artikel 29, dat uitdrukking geeft aan het refoulementverbod van artikel 3

---

<sup>1908</sup> Zie verwijzing naar Brief van de staatssecretaris van Justitie, Standpuntverkennde notitie: visie op bescherming, *Kamerstukken II* 2009-2010, 19 637, nr. 1314, p. 7.

<sup>1909</sup> C7/25.4.1 Vc 2000.

<sup>1910</sup> Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 van 25 november 2013 in verband met het herschikken van de gronden voor asielverlening, *Stb.* 2013, nr. 587.

<sup>1911</sup> Zie Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met het herschikken van de gronden voor asielverlening, *Kamerstukken I*, 2012-2013, 33 293 A.

<sup>1912</sup> Zie Memorie van toelichting bij Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met het herschikken van de gronden voor asielverlening, *Kamerstukken II* 2011-2012, 33 293, nr. 3, p.3.

EVRM, aanmerkelijk is toegenomen. Daarmee corresponderend is de toelating op grond van de onderdelen (c) en (d) van het eerste lid van artikel 29 afgenomen. Volgens de auteurs van het wetsvoorstel sluit dit aan bij de vaststelling van het toenmalige kabinet bij de invoering van de Vreemdelingenwet 2000 dat de nationale beschermingsgronden aan belang verliezen wanneer (aanvullende) bescherming kan worden ontleend aan internationale en Europese normen.<sup>1913</sup>

775. In de memorie wordt er voorts op gewezen dat een ander gevolg van de harmonisering van het Europese asielstelsel is dat de nationale uniforme asielstatus onder druk komt te staan. In het bijzonder wordt hierbij verwezen naar de op 11 mei 2011 aangenomen richtlijn 2011/51/EU van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van richtlijn 2003/109/EG van de Raad teneinde haar werkingssfeer uit te breiden tot personen die internationale bescherming genieten (hierna: herziene richtlijn langdurig ingezetenen). Deze richtlijn, die op 20 mei 2013 in nationale regelgeving diende te worden omgezet, verplicht de lidstaten om de EU-verblijfsvergunning voor langdurig ingezetenen, indien voldaan wordt aan de voorwaarden van de richtlijn, toe te kennen aan onderdanen van derde landen die internationale bescherming genieten als gedefinieerd in de Kwalificatierichtlijn. Bovendien sluit de herziene richtlijn langdurig ingezetenen de mogelijkheid uit om deze EU-verblijfsvergunning af te geven aan onderdanen van derde landen die een toestemming tot verblijf hebben uit hoofde van een andere vorm van bescherming dan internationale bescherming (artikel 3 Kwalificatierichtlijn 2011). Indien artikel 29 Vw 2000 ongewijzigd zou blijven, zou hiermee, volgens de auteurs van het wetsvoorstel, een risico ontstaan dat de vreemdeling aan wie op basis van de onderdelen (c) of (d) van het eerste lid een verblijfsvergunning is verleend, wenst door te procederen voor een vergunning die wel, na een periode van vijf jaar verblijf, een aanspraak doet ontstaan op de status van langdurig ingezetene. Daarmee zou dan het met de Vreemdelingenwet 2000 geïntroduceerde stelsel van de uniforme asielstatus, waarmee werd beoogd het doorprocederen voor een sterkere status te voorkomen, worden doorbroken. Dat is onwenselijk, aldus de auteurs van het wetsvoorstel.

776. Daarnaast wijzen de auteurs erop dat Nederland nationale vormen van bescherming kent als wettelijk – en dus herkenbaar, zichtbaar en werkelijk toegepast – onderdeel van het landenbeleid-instrumentarium, naast de internationale vormen van bescherming op basis van het Vluchtelingenverdrag en andere relevante verdragen. Uit het één-statusstelsel vloeit voort dat ook aan deze vormen van bescherming een relatief hoog voorzieningenniveau wordt toegekend. Hoewel andere Europese landen ook wel dergelijke nationale vormen van aanvullende bescherming kennen, verschillen zij in de wijze waarop aan die bescherming vorm wordt gegeven en wordt er in dit verband geen Europees beleid gevoerd. Volgens de auteurs ligt het ook niet in de lijn der verwachting dat dit zal gebeuren.<sup>1914</sup> Dit versterkt het risico dat Nederland relatief meer asielzoekers zal ontvangen, aldus de memorie.

777. Het concreet gevolg van dit wetsvoorstel betekent in de eerste plaats een herinrichting van het asielbeleid inzake klemmende redenen van humanitaire aard.

Zo wordt gesteld dat het traumatabeleid grotendeels overbodig is geworden vanwege de Europese harmonisering van het asielbeleid en de ontwikkelingen in de internationale

---

<sup>1913</sup> Zie de verwijzing naar Advies Raad van State en nader rapport, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 732, nr. A, blz. 4: “Wij begrijpen het advies van de Raad van State zo dat de Raad – om de beoogde harmonisatie niet in gevaar te brengen – duidelijker tot uitdrukking wil laten komen dat de verblijfsvergunning op asielgronden slechts wordt verstrekt indien dit noodzakelijk is op grond van internationale verplichtingen.” Evenwel werd er toen geoordeeld dat de Europese harmonisatie nog maar zeer beperkt was en dat de nationale toelatingsgronden voor asiel nog niet konden worden gemist.

<sup>1914</sup> Zie verwijzing naar Brief van de staatssecretaris van Justitie, Standpuntverkennde notitie – visie op bescherming, *Kamerstukken II* 2009-2010, 19 637, nr. 1314, p. 5.

jurisprudentie. Dit traumatabeleid biedt bescherming aan vreemdelingen die geconfronteerd worden met traumatiserende gebeurtenissen in het land van herkomst, indien daders van deze mensenrechtenschendingen ongestraft blijven. De ratio achter het traumatabeleid is dat de vreemdeling dient te worden gevrijwaard van de confrontatie met ongestraft gebleven daders. Om voor toelating op grond van het traumatabeleid in aanmerking te komen moet de vreemdeling aannemelijk maken dat hijzelf of een persoon in zijn naaste omgeving is blootgesteld aan één van de in de Vreemdelingencirculaire 2000 genoemde gebeurtenissen waarvan wordt aangenomen dat zij traumatiserend zijn. Voorts wordt beoordeeld of daders van deze handelingen in het algemeen worden bestraft in het land van herkomst.

Deze toetsingssystematiek heeft in het licht van de Kwalificatierichtlijn 2004 volgens de auteurs van het wetsvoorstel slechts een beperkte toegevoegde waarde. Uit artikel 4, vierde lid, van de Kwalificatierichtlijn 2004 volgt immers dat het feit dat de verzoeker in het verleden reeds is blootgesteld aan vervolging of aan ernstige schade of dat hij rechtstreeks is bedreigd met een dergelijke vervolging of dergelijke schade, een duidelijke aanwijzing is dat de vrees voor vervolging gegrond is dan wel het risico op het lijden van ernstige schade reëel is. Deze bepaling werd omgezet in artikel 3.35 van het Voorschrift Vreemdelingen 2000. In dat geval is verblijfsaanvaarding aan de orde op grond van onderdelen a of (b) van artikel 29, eerste lid. Ook de beoordeling of daders in het algemeen worden gestraft in het land van herkomst verschilt niet wezenlijk van artikel 7, tweede lid, van de Kwalificatierichtlijn 2004. Deze bepaling omschrijft wanneer in het land van herkomst bescherming tegen vervolging of andere mensenrechtenschendingen aanwezig moet worden geacht en werd omgezet in artikel 3.37c van het Voorschrift Vreemdelingen 2000.

De auteurs van het wetsvoorstel verwachten dat de beëindiging van het traumatabeleid slechts consequenties heeft voor een beperkte categorie vreemdelingen. Het gaat hierbij om dat deel van het traumatabeleid waarbij de vreemdeling geen (geloofwaardige) vrees bij terugkeer naar het land van herkomst naar voren brengt, bijvoorbeeld indien het een gebeurtenis betreft ten aanzien van een familielid of andere verwant, waardoor de vreemdeling verondersteld wordt getraumatiseerd te zijn, zonder dat deze gebeurtenis in relatie staat tot een toekomstig risico bij terugkeer naar het land van herkomst. Er werd niet voor gekozen om voor deze – beperkte – categorie een voorziening te treffen. Redengevend hiervoor is de wens van de regering om de verblijfsvergunning asiel alleen te bestemmen voor die personen die bij terugkeer in het land van herkomst daadwerkelijk zelf een gegronde vrees hebben voor een vervolging of een reëel risico lopen op een behandeling als bedoeld in artikel 29, eerste lid, onder (b), van de wet. Overigens biedt in bijzondere gevallen, waar het trauma dusdanig is dat het vanwege de gezondheidstoestand van de vreemdeling of die van een van zijn gezinsleden niet verantwoord is om te reizen, artikel 64 van de wet de mogelijkheid om uitzetting achterwege te laten. Indien de uitzettingsbelemmering van artikel 64 zich langer dan een jaar heeft voorgedaan, en uit het advies van het Bureau Medische Advisering blijkt dat medische behandeling ter voorkoming van een medische noodsituatie naar verwachting nog steeds langer dan een jaar zal duren, kan een verblijfsvergunning onder een beperking verband houdend met het ondergaan van een medische behandeling worden verleend, zoals bepaald in artikel 3.46 Vb 2000.

778. Voor wat betreft specifieke groepen, die in het landgebonden asielbeleid worden aangewezen, wijzen de auteurs van het wetsvoorstel erop dat de bevoegdheid van de Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel om in het beleid specifieke groepen aan te wijzen een beleidskader ontbeert. Bovendien verschilt dit in toepassing niet wezenlijk van de eveneens bestaande mogelijkheid om in het kader van de toets naar vluchtelingenschap respectievelijk artikel 3 EVRM in het landenbeleid ‘risicogroepen’ en ‘kwetsbare minderheidsgroepen’ aan te wijzen.

De auteurs benadrukken dat sinds de inwerkingtreding van de Vreemdelingenwet 2000 slechts tweemaal gebruik is gemaakt van de mogelijkheid om op grond van artikel 29, eerste lid, (c), Vw 2000 specifieke groepen aan te wijzen. Dit betreft sinds 24 juni 2006 alleenstaande vrouwen uit Afghanistan en sinds 29 november 2006 homoseksuelen, biseksuelen en transseksuelen uit Iran. Deze aanwijzingen worden volgens de auteurs grotendeels overlapt door de bescherming die al dient te worden geboden onder de onderdelen (a) en (b) van het eerste lid van artikel 29 Vw 2000. Dit blijkt ook uit het landenbeleid, dat aan deze groepen bijzondere aandacht besteedt naast de aanwijzing als specifieke groep. Alleenstaande vrouwen uit Afghanistan zijn tevens aangemerkt als kwetsbare minderheidsgroep ten behoeve van de beoordeling van artikel 29, eerste lid, onder (b). homoseksuelen, biseksuelen en transseksuelen uit Iran worden genoemd als een groep die bijzondere aandacht verdient in het kader van de naar vluchtelingenschap te verrichten toets. Volledigheidshalve merken de auteurs nog op dat er zich in lijn met artikel 29, eerste lid, onder b.3°, situaties kunnen voordoen waarin het algemeen geweld een dusdanig hoog niveau heeft bereikt dat volgens de jurisprudentie van het EHRM iedereen die uit dat gebied komt enkel vanwege zijn aanwezigheid aldaar een reëel risico loopt op een onmenselijke of vernederende behandeling. In zo'n situatie zal de zogenaamde individualiseringsvereiste niet worden gehanteerd.

De auteurs zien geen noodzaak om het beleid, zoals dat thans wordt gevoerd onder (c), ten aanzien van specifieke groepen, nog langer voort te zetten. In voorkomende gevallen, als informatie uit openbare bronnen hiertoe aanleiding geeft, kan er in de toekomst voor worden gekozen groepen die bijzondere aandacht verdienen een gunstige bewijspositie te geven ten behoeve van de aan onderdeel a of (b) van dat artikel te verrichten toets. Indien groepen aldus worden aangewezen als risicogroep of kwetsbare minderheidsgroep, zullen zij al met geringe indicaties aannemelijk kunnen maken dat voldaan is aan de voorwaarden voor de vergunningverlening. Alhoewel het aanvoeren van op de persoon betrekking hebbende omstandigheden in het geheel niet wordt verlangd in het kader van het beleid ten aanzien van specifieke groepen, achten de auteurs deze lichte aanscherping van het toelatingsbeleid niet bezwaarlijk, zeker nu het in uitzonderlijke situaties zelfs mogelijk is, indien informatie uit de openbare bronnen dit ingeeft, om groepen in het beleid aan te wijzen die systematisch aan geweld staan blootgesteld. In dat geval zijn nog nauwelijks individuele indicaties vereist. Voorafgaand aan de inwerkingtreding van de wet zal, op basis van de op dat moment actuele landeninformatie, worden bekeken tot welke van de genoemde categorieën homoseksuelen, biseksuelen en transseksuelen uit Iran behoren.

779. Tenslotte merken de auteurs dat het in de Vreemdelingen-circulaire 2000 neergeschreven beleid aangaande bijzondere individuele klemmende redenen van humanitaire aard eveneens een goed toetsbaar kader ontbeert en in de praktijk nauwelijks tot inwilligen leidt. Het beleid kan toepassing vinden in situaties waarin het niet redelijk is om van de vreemdeling te verwachten dat hij terugkeert, omdat klemmende humanitaire redenen die betrekking hebben tot de persoon van de vreemdeling, zich daartegen verzetten. Er moet dan een (causaal) verband zijn tussen deze redenen en de redenen van vertrek uit het land van herkomst. Een bijzondere situatie waarin dit beleid toepassing kan hebben, is indien een verblijfsalternatief wordt tegengeworpen en vanwege op de persoon betrekking hebbende omstandigheden niet van de vreemdeling kan worden verlangd dat hij zich daar vestigt. In dit verband merken de auteurs op dat artikel 3.37d van het Voorschrift Vreemdelingen 2000, waarmee artikel 8 van de Kwalificatierichtlijn 2004 is geïmplementeerd, reeds voorschrijft dat in de beoordeling van het beschermingsalternatief niet slechts rekening wordt gehouden met de algemene omstandigheden, maar ook met de persoonlijke omstandigheden van de vreemdeling op het tijdstip waarop een beslissing inzake de aanvraag wordt genomen. Deze toets overlapt

vanwege het *ex nunc*-karakter de beleidsregel in de Vreemdelingencirculaire 2000. Deze laatste is daardoor een dode letter, aldus de auteurs. De auteurs wijzen erop dat ook het EHRM in overeenkomstige zin eisen heeft gesteld aan de toepassing van het binnenlands vestigingsalternatief in het kader van de toets aan artikel 3 EVRM, met name in de zaak *Salah Sheekh*.<sup>1915</sup>

Wel is gebleken dat er uitzonderlijke situaties kunnen zijn waarin overwegingen van humanitaire aard, ook zonder dat deze zijn terug te voeren op een internationale verplichting, kunnen nopen tot een vergunningsverlening. De auteurs benadrukken de beleidswijziging van 27 april 2011 ten aanzien van verwesterde schoolgaande minderjarige meisjes uit Afghanistan die door terugkeer aan een onevenredig zware psychosociale druk worden blootgesteld, en die is ondergebracht in de categorie bijzondere individuele klemmende redenen van humanitaire aard.<sup>1916</sup> De auteurs achten het gewenst om een zekere flexibiliteit te behouden om in dergelijke uitzonderlijke situaties te kunnen besluiten tot vergunningsverlening. Indien dit op individuele basis geschiedt, valt de toets die dan wordt verricht evenwel niet goed te onderscheiden van de toets die in het kader van de discretionaire bevoegdheid van de Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel reeds wordt verricht onder artikel 3.4, derde lid, Vb 2000.

Daarom is ervoor gekozen om dit onderdeel van het asielbeleid in het reguliere toelatingsbeleid onder te brengen.

Voor zover het gewenst is om niet in incidentele gevallen, maar voor een specifieke categorie vreemdelingen een toegesneden toelatingsbeleid te hanteren, zoals ten aanzien van verwesterde schoolgaande minderjarige meisjes uit Afghanistan, kan dit beleid eveneens worden ondergebracht bij een regulier humanitair verblijfsdoel. In die zin werd de lagere regelgeving dienovereenkomstig reeds aangepast, met name door artikel 3.48 Vb 2000, waarin de tijdelijke en niet-tijdelijke humanitaire gronden voor regulier verblijf werden vastgesteld. Volgens de auteurs zal dit geen materiële wijziging tot gevolg hebben voor het met de Kamer afgestemde beleid ten aanzien van schoolgaande meisjes uit Afghanistan en hun gezinsleden, d.i. een verslechtering van hun rechtspositie.

Door de wet Modern Migratiebeleid kan indien tijdens de asielprocedure aanleiding blijkt te bestaan om een reguliere verblijfsvergunning voor bepaalde tijd op grond van tijdelijke of niet-tijdelijke humanitaire redenen te verstrekken, deze vergunning ambtshalve worden verleend. De vreemdeling hoeft daar dan geen afzonderlijke, reguliere aanvraag voor in te dienen. De vreemdeling wordt dan ook vrijgesteld van de middelenvereiste, de machtiging tot een voorlopige verblijfsvereiste en de paspoorteis.

780. In de tweede plaats stellen de auteurs voor om het categoriale beschermingsbeleid, waarvoor artikel 29, eerste lid, (d), Vw 2000 de grondslag biedt, te laten vervallen. De auteurs merken op dat het vorige kabinet, gelet op het risico van fraude en een aanzuigende werking, reeds aangaf het voeren van een nationaal categoriaal beschermingsbeleid niet langer verantwoord te achten. Ook om juridisch-inhoudelijke redenen werd het voeren van een dergelijk beleid niet langer nodig geacht. Collectieve elementen kunnen immers onder invloed van het EVRM en het EU-recht een voldoende grote rol spelen bij de internationale vormen van bescherming.

Het vorige kabinet wees er tevens op dat in een situatie waarin bescherming gebaseerd is op de algehele situatie in het land van herkomst, zoals het geval is bij het categoriale

---

<sup>1915</sup> EHRM 11 januari 2007, nr. 1948/04, *Salah Sheekh v. Nederland*.

<sup>1916</sup> Besluit van de minister voor Immigratie en Asiel van 27 april 2011, nummer WBV 2011/05, houdende wijziging van de Vreemdelingencirculaire 2000, *Stcrt.* 7592, 1.

beschermingsbeleid, personen die er niet in slagen Nederland of de Europese Unie te bereiken net zo beschermingsbehoefstig zijn als hun landgenoten die daar wel in slagen. Het kan een ongewenst aanzuigend effect hebben op vreemdelingen die geen behoefte hebben aan bescherming maar op zoek zijn naar een betere toekomst. Hierdoor is het categoriaal beschermingsbeleid een kwetsbaar instrument.<sup>1917</sup>

De grondslag voor het voeren van een categoriaal beschermingsbeleid werd destijds overgenomen in de Vreemdelingenwet 2000 omdat het wenselijk werd geacht de Minister een beleidsvrijheid te bieden om, ook zonder dat het internationaal recht daartoe noopt, groepsgewijs verblijfsvergunningen te kunnen verstrekken indien de terugkeer van een bijzondere hardheid zou zijn in verband met de algehele situatie in het land van herkomst. De toen heersende rechtsopvatting was dat er geen internationale norm bestond, verdragsrechtelijk noch gewoonterrechtelijk, op basis waarvan personen enkel en alleen op grond van de algehele situatie in hun land van herkomst niet zouden kunnen worden uitgezet. De auteurs onderlijnen dat de algehele situatie in het land van herkomst evenwel een steeds prominentere rol is gaan spelen in de rechtspraak van EHRM ten aanzien van artikel 3 EVRM en verwijzen naar de zaken *N.A.*<sup>1918</sup> en *F.H.*<sup>1919</sup>

Voorts stellen dat de auteurs dat met artikel 29, eerste lid, (b), onder 3°, uitvoering is gegeven aan artikel 15, (c), van de Kwalificatierichtlijn 2004 en de uitleg die het Hof van Justitie van de Europese Unie op 17 februari 2009 aan die bepaling heeft gegeven in het arrest *Elgafaji*. Aldus is uitdrukkelijk in de wet opgenomen dat een situatie van willekeurig geweld en reden kan zijn om tot een vergunningsverlening over te gaan. De Vreemdelingencirculaire 2000 is als gevolg van deze ontwikkelingen aangepast, met omschrijving van de situaties van willekeurig geweld of van willekeurige mensenrechtenschendingen die de aanleiding geven om tot een vergunningsverlening over te gaan in het kader van artikel 29, eerste lid, aanhef en (b).

Volgens de auteurs is het categoriaal beschermingsbeleid gevoelig gebleken voor misbruik. Ze wijzen erop dat het categoriaal beschermingsbeleid voor asielzoekers uit Zuid- en Centraal-Somalië onder druk kwam te staan omwille van pogingen van asielzoekers om de vaststelling van de identiteit te frustreren, waardoor dit beleid dan ook werd beëindigd. Destijds werd ook geconstateerd dat het in afwijking van omringende landen voeren van een beleid van categoriale bescherming bijdroeg aan het geconstateerde misbruik en een aanzuigende werking kon hebben. De auteurs zien aldus reden om af te wijken van de destijds door de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ) getrokken conclusie dat het categoriaal beleid een zeer wezenlijke rol vervult in het Nederlandse asielsysteem (Categoriaal beschermingsbeleid, een “noodzaak”, Den Haag: ACVZ, 2006). De ACVZ was van oordeel dat het beleid van categoriale bescherming een essentiële rol vervult als ‘vangnet’ en adviseerde om het categoriale beleid te behouden als nationale invulling van de in artikel 15 (c) van de kwalificatierichtlijn opgenomen verplichting om ook naar aanleiding van een algemene situatie van onveiligheid in het land van herkomst asiel te kunnen verlenen.

De auteurs zijn van mening dat een asielvergunning niet als vangnet moet fungeren maar moet worden verleend om bescherming te bieden aan personen die bij terugkeer in het land van herkomst een gegronde vrees hebben voor de vervolging of een reëel risico lopen op een behandeling zoals bedoeld in artikel 29, eerste lid, (b), Vw 2000. Die bescherming wordt nu voldoende geboden door artikel 29, eerste lid, onder (a) en (b). Hierbij dient in aanmerking te

---

<sup>1917</sup> Zie verwijzing naar Brief van de staatssecretaris van Justitie, Standpuntverkennde notitie: visie op bescherming, *Kamerstukken II* 2009-2010, 19 637, nr. 1314, p. 5 en 7.

<sup>1918</sup> EHRM 17 juli 2008, nr. 25904/07, *N.A. v. Verenigd Koninkrijk*.

<sup>1919</sup> EHRM 20 januari 2009, nr. 32621/06, *F.H. v. Zweden*.



worden genomen dat internationale bescherming in toenemende mate kan worden ontleend aan internationale en Europese normen. Overigens kent het asielstelsel ook instrumenten, zoals beschreven in artikel 43 en 45 van de wet, om in te spelen op bijzondere situaties, met name het hanteren van vertrek- en besluitmoratoria. Het kan hierbij bijvoorbeeld gaan om situaties van tijdelijke onduidelijkheid over de omstandigheden in het land van herkomst.

Voorts menen de auteurs dat het advies van de ACVZ om in de Vreemdelingenwet 2000 een uitdrukkelijke invulling te geven aan artikel 15 (c) van de kwalificatierichtlijn al gerealiseerd is, door de gewijzigde redactie van onderdeel (b) van artikel 29, eerste lid. Het vervallen van het categoriaal beschermingsbeleid laat onverlet dat binnen het landgebonden asielbeleid, dat is neergelegd in de Vreemdelingencirculaire 2000, bevolkingsgroepen kunnen worden aangewezen als risicogroepen of kwetsbare minderheidsgroepen in het kader van de toetsing aan artikel 29, eerste lid, onderdelen (a) en (b). Een dergelijke aanwijzing heeft tot gevolg dat aan de betrokken vreemdelingen minder hoge eisen worden gesteld met betrekking tot het aannemelijk maken dat voldaan is aan de voorwaarden voor vergunningsverlening. Verder is van belang dat ook indien geen specifiek landenbeleid is ingesteld, steeds een individuele beoordeling blijft plaatsvinden naar de inwilligbaarheid van een ingediend asielverzoek. Deze houdt nadrukkelijk rekening met de algemene omstandigheden in het land van herkomst, in overeenstemming met de internationale verplichtingen zoals hierboven genoemd. Met een zorgvuldige individuele asielbeoordeling waarin rekening wordt gehouden met de algehele gewelds- en mensenrechtensituatie in het land van herkomst kan, met inachtneming van de jurisprudentie van het Hof van Justitie en het EHRM, ook in gevallen waarin de situatie in het land van herkomst in het algemeen zeer slecht is, worden gekomen tot ofwel een inwilligende beslissing dan wel een afwijzende beslissing waarbij terugkeer ook daadwerkelijk verantwoord is.

Op het afschaffen van de nationale asielgronden is veel kritiek geuit. Als illustratie wordt de conclusie van De Vries, na een kritische lezing van de memorie van toelichting, als volgt weergegeven: *“De herziening van de Richtlijn langdurig ingezetenen zou volgens de regering tot gevolg hebben dat het éénstatus-systeem onder druk staat, omdat voor houders van een nationale asielstatus een belang zou ontstaan bij doorprocederen. Dit mogelijke nadeel kan vrij eenvoudig worden ondervangen door het verstrekken van een reguliere verblijfsvergunning voortgezet verblijf aan nationale asielstatushouders die al vijf jaar in het bezit zijn van een c- of d-vergunning.*

*Het argument dat harmonisering van het Europees asielstelsel leidt tot een toename van het aantal verleende asielvergunningen op internationale gronden van bescherming waardoor de nationale asielgronden aan belang inboeten, overtuigt evenmin. De Europese lidstaten hebben nationale beschermingsgronden ontwikkeld om discrepantie tussen beschermingsvraag en -aanbod te voorkomen, en om ervoor te zorgen dat in nieuwe beschermingsnoden kan worden voorzien. De Nederlandse praktijk vormt hierop geen uitzondering. Afschaffing van de nationale beschermingsgronden miskent de noodzaak om bescherming te kunnen bieden in situaties waarin internationale of Europeesrechtelijke normen niet (voldoende) voorzien, maar waarin lidstaten dat wel nodig en wenselijk achten. Dit wetsvoorstel is bovendien niet nodig om de asielgronden in lijn te brengen met internationale en Europese gronden van bescherming. De Definitierichtlijn behelst immers minimumnormen en biedt expliciet ruimte voor nationale gronden van bescherming. Dit is ook de praktijk in andere Europese lidstaten. 21 van de 22 door het European Migration Network onderzochte landen hebben in hun wet- en regelgeving aanvullende nationale vormen van bescherming opgenomen.*

*Daar komt bij dat de betrokken bewindspersoon vanwege het discretionaire karakter van beide gronden beleids- en beoordelingsvrijheid heeft bij de toepassing ervan. Als er geen reden is, kan toepassing achterwege worden gelaten. Het zou echter een gemis zijn om de*

*nationale asielgronden niet meer te kunnen hanteren. De verwachting is dat invoering van de voorgestelde wetswijziging zal leiden tot beschermingsgaten, nieuwe gedoogsituaties en een onnodig inflexibel asielbeleid.”*<sup>1920</sup>

#### d.) Besluit- en vertrekmoratoria

781. In de Vreemdelingencirculaire (Vc C2/4.2) wordt aangegeven dat de alternatieven voor het vroeger beleid van categoriale bescherming gelegen kunnen zijn in het voeren van een besluit- of vertrekmoratorium, dat deel uitmaakt van het landgebonden beleid. Deze moratoria kunnen betrekking hebben op alle asielzoekers van een bepaald land, maar ook op asielzoekers afkomstig uit een bepaalde regio of behorend tot een bepaalde (etnische) groep.

In principe moet over een asielaanvraag binnen de zes maanden na ontvangst een beslissing worden genomen. De bevoegde Nederlandse Minister kan op grond van artikel 43 Vw 2000 evenwel besluiten om in bijzondere omstandigheden gedurende een bepaalde periode geen beslissing te nemen over asielaanvragen uit een bepaald land van herkomst. Er wordt dan een ‘besluitmoratorium’ ingesteld; deze beslissing valt onder het landgebonden asielbeleid. Daardoor wordt de beslissingstermijn ten hoogste met één jaar verlengd, meer bepaald indien:

- naar verwachting voor een korte periode onzekerheid zal bestaan over de situatie in het land van herkomst en op grond daarvan redelijkerwijs niet over een asielaanvraag kan worden beslist of de aanvraag op een van de gronden genoemd in artikel 29 Vw 2000 kan worden toegewezen; of
- naar verwachting de situatie in het land van herkomst op grond waarvan als gevolg van artikel 29 Vw 2000 de aanvraag kan worden toegewezen, van korte duur zal zijn; of
- het aantal ingediende aanvragen uit een bepaald land of uit een bepaalde regio zo groot is dat de Minister redelijkerwijs niet in staat is om daarop tijdig een beschikking te geven. Dit laatste geval kent enkel toepassing bij een plotse grote instroom, bv. als gevolg van een oorlog of burgeroorlog. Het mag niet worden gebruikt om algemene werkachterstanden of capaciteitsproblemen op te lossen.<sup>1921</sup>

Tijdens deze periode verblijven asielzoekers rechtmatig in Nederland, omdat hun asielaanvraag in behandeling is en ze dus beschikken over de nodige opvang en steun (artikel 45, lid 4, Vw 2000).

782. Wanneer een asielaanvraag onherroepelijk is afgewezen en de vreemdeling Nederland dient te verlaten, kan de bevoegde Minister besluiten dat de gedwongen uitzetting van vreemdelingen uit een bepaald land van herkomst niet aangewezen is, omdat de situatie in het land van herkomst zodanig onzeker is. Er wordt dan een ‘vertrekmoratorium’ ingesteld. De Minister zal op grond van artikel 45, lid 4, Vw 2000 besluiten dat voor een bepaalde categorie van vreemdelingen de opvangvoorzieningen niet worden beëindigd of voor de duur van het vertrekmoratorium opnieuw worden verstrekt. Een vreemdeling die onder een vertrekmoratorium valt, heeft krachtens artikel 45, lid 5, Vw 2000 een rechtmatig verblijf in Nederland. De vreemdeling wordt derhalve voor de duur van het vertrekmoratorium in het bezit gesteld van een bewijs van rechtmatig verblijf dat wordt uitgereikt door de vreemdelingenpolitie. Het besluit wordt uiterlijk één jaar na de bekendmaking ervan ingetrokken. Tijdens de duur van het vertrekmoratorium wordt van asielzoekers niet langer verwacht dat zij zelfstandig terugkeren en zullen zij ook niet worden uitgezet. Wanneer het

---

<sup>1920</sup> F. DE VRIES, “Wetsvoorstel herschikking asielgronden. Afdoende motivering voor een rigoureuze operatie?”, *A&MR* 2013, 16.

<sup>1921</sup> Zie hierover G. LODDER, *Vreemdelingenrecht in vogelvlucht: over toelating en verblijf van vreemdelingen in Nederland*, Den Haag, SDU Uitgevers, 2011, 139.

vertrekmoratorium wordt ingetrokken, herleven de rechtsgevolgen van de afwijzende beslissing, zodat de asielzoekers Nederland dienen te verlaten en geen recht meer hebben op opvangvoorzieningen.

Vertrekmoratoria werden in het verleden genomen t.a.v. Zuid- en Centraal-Somalië, Libië, Afghanistan, Tibetaanse asielzoekers afkomstig uit China, e.a. Besluitmoratoria werden in het verleden genomen t.a.v. Ivoorkust, asielzoekers van Tutsi-afkomst uit het oosten van de Democratische Republiek Congo, homoseksuele asielzoekers uit Iran, e.a.

### *B. Beschermingsgronden in het Nederlandse reguliere toelatingsbeleid*

783. In het reguliere toelatingsbeleid is er de mogelijkheid tot een verlening van een reguliere verblijfsvergunning met het oog op het beantwoorden van andere beschermingsnoden die niet beantwoord kunnen worden onder de hierboven besproken asielgronden.

Oorspronkelijk kende de Nederlandse regelgeving diverse beperkingen waaronder een reguliere verblijfsvergunning voor bepaalde tijd kon worden verleend aan vreemdelingen die op humanitaire gronden al dan niet tijdelijk tot een verblijf in Nederland zijn aangewezen. Onder de wijzigingswet Modern Migratiebeleid werden deze beperkingen grotendeels verenigd in twee nieuwe beperkingen. Het gaat hierbij om de beperkingen die verband houden met tijdelijke humanitaire gronden (artikel 3.4, eerste lid, onder (p) Vb) of met niet-tijdelijke humanitaire gronden (artikel 3.4, eerste lid, onder (r) Vb).<sup>1922</sup>

Daarnaast kan ook een aanvraag voor reguliere verblijfsvergunning voor bepaalde tijd worden ingediend omwille van een medische behandeling in Nederland. (artikel 3.4, eerste lid, onder (o) en 3.46 Vb).

Deze vergunningen kunnen worden aangevraagd maar kunnen ook ambtshalve worden verleend. Artikel 14, eerste lid, (e), Vw 2000 bepaalt in deze zin dat de Minister bevoegd is om ambtshalve een reguliere verblijfsvergunning voor bepaalde tijd te verlenen dan wel de geldigheidsduur ervan te verlengen. Deze bepaling geeft geen verplichting maar een bevoegdheid om een verblijfsvergunning te verlenen.

Voorheen werd een reguliere verblijfsaanvraag enkel getoetst aan de gevraagde verblijfsgrond. Dat betekende dat er iedere keer een nieuwe procedure kon worden gestart voor een nieuw verblijfsdoel. Om het stapelen van procedures tegen te gaan, bepaalt het Vreemdelingenbesluit 2000 nader dat bij afwijzing van een eerste zgn. humanitair-reguliere aanvraag zoveel mogelijk ambtshalve alle humanitaire beleidskaders moeten worden meegetoetst, zodat kan worden nagegaan of alsnog een humanitair-reguliere verblijfsvergunning kan worden verleend. Daarbij wordt een vaste toetsingsvolgorde gehanteerd, waarbij de sterkste verblijfstitel aan bod komt. Dit betekent dat wordt nagegaan (art. 3.6 Vb)

- of de uitzetting van de vreemdeling in strijd zou zijn met artikel 8 EVRM;
- of de vreemdeling een slachtoffer van mensenhandel is (artikel 3.48, eerste lid, onder (a) tot en met (c));
- of er sprake is van een situatie waar de vreemdeling buiten schuld niet kan vertrekken (artikel 3.48, tweede lid, onder (a));

---

<sup>1922</sup> Besluit van 24 juli 2010 houdende wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000 en enkele andere besluiten in verband met de versterking van de positie van de referent in het reguliere vreemdelingenrecht en versnelling van de vreemdelingenrechtelijke procedure, in verband met de implementatie van Richtlijn 2009/50/EG van de Raad van 25 mei 2009 betreffende de voorwaarden voor toegang en verblijf van onderdanen van derde landen met het oog op een hooggekwalificeerde baan (PbEU L 155), in verband met de openbare orde en enkele andere onderwerpen (Besluit modern migratiebeleid), *Stb.* 2010, nr. 307.

- of er sprake is van een medische behandeling (artikel 3.46); en
- of er tijdelijke humanitaire gronden bestaan vanwege individuele omstandigheden (artikel 3.48, tweede lid, onder (b)).<sup>1923</sup>

De humanitair-reguliere aanvragen worden in een zgn. ‘eendagstoets’ behandeld; dit geldt zowel voor de eerste als de tweede en volgende aanvragen. Dit houdt in dat de vreemdeling eerst een schriftelijke aanmelding van zijn aanvraag moet doen. Een aanmeldformulier wordt daarvoor ter beschikking gesteld waarin hij aangeeft op welk beleidskader hij beroep wil doen, en, in het geval van vervolgaanvragen, op grond van welk nieuw element hij de aanvraag wil indienen. Relevante stukken moeten worden meegestuurd. De IND kan het dossier vervolgens grondig voorbereiden en eventuele onderzoeken opstarten. Het is de bedoeling dat de humanitair-reguliere aanvraag binnen één dag wordt afgehandeld. (art. 3.99a Vb). Deze eendagstoets zou nog in 2014 worden ingevoerd.

784. Tijdens de asielprocedure wordt eveneens ambtshalve een toets verricht naar de bijkomende beschermingsnoden indien de verklaringen van de asielzoeker daartoe aanleiding geven (art. 3.6a Vb). Hierdoor wordt tegemoet gekomen aan bijkomende noden aan bescherming die ofwel een oorsprong vinden in internationale of EU-verplichtingen, ofwel gebaseerd zijn op (klemmende) redenen van humanitaire aard. Hoewel deze bijkomende noden aan bescherming in de asielprocedure worden onderzocht, wordt geen asielvergunning verleend maar wel een reguliere verblijfsvergunning voor bepaalde tijd. Immers, de Nederlandse wetgever gaat ervan uit dat deze bijkomende noden aan bescherming niet te verbinden zijn aan de asielgronden zoals opgesomd in artikel 29 Vw 2000. Of, anders gesteld, de nood aan bescherming hangt niet rechtstreeks samen met de redenen voor vertrek uit het land van herkomst. Vaak is het echter zo dat de bijkomende noden aan bescherming een combinatie zijn van verschillende factoren, bv. factoren verbonden aan het land van herkomst, de kwetsbaarheid van de vreemdeling en de nauwe banden tussen de vreemdeling en Nederland.

Voorheen leidde de niet steeds zo duidelijke scheiding tussen reguliere gronden en asielgronden soms tot herhaalde asielaanvragen alsook “*het stapelen van vreemdelingenrechtelijke procedures.*”<sup>1924</sup> Deze mogelijkheden werden benut “*om terugkeer op onterechte gronden uit te stellen.*”<sup>1925</sup> Om dit te vermijden werd “*de mogelijkheid verkend dat later ingetreden beletselen op grond van artikel 3 EVRM en andere niet verwijtbare omstandigheden zonder herhaalde aanvraag in het kader van een lopende procedure kunnen worden beoordeeld.*”<sup>1926</sup> Hierop werd besloten om toe te laten dat tijdens het onderzoek van een eerste asielaanvraag, een “*volledige, alle relevante aspecten omvattende beoordeling van de noodzaak van bescherming*” kan worden uitgevoerd.<sup>1927</sup> Er moet worden benadrukt dat deze volledige en omvattende ambtshalve beoordeling van de nood aan bescherming enkel plaatsvindt n.a.v. een eerste asielaanvraag.

Na de bespreking van de ‘Beleidsvisie stroomlijning asielprocedures’, werd in december 2013 een besluit genomen tot wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000 dat streeft naar een

<sup>1923</sup> Artikelsgewijze toelichting, Besluit van 17 december 2013 tot wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000 (stroomlijning toelatingsprocedures), *Stb.* 2013, nr. 580, 28-29.

<sup>1924</sup> Memorie van toelichting, wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met het aanpassen van de asielprocedure, *Kamerstukken II*, 2008-2009, 31 994, nr. 3, 5.

<sup>1925</sup> Memorie van toelichting, wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met het aanpassen van de asielprocedure, *Kamerstukken II*, 2008-2009, 31 994, nr. 3, 6.

<sup>1926</sup> Memorie van toelichting, wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met het aanpassen van de asielprocedure, *Kamerstukken II*, 2008-2009, 31 994, nr. 3, 1.

<sup>1927</sup> Memorie van toelichting, wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met het aanpassen van de asielprocedure, *Kamerstukken II*, 2008-2009, 31 994, nr. 3, 2-3.

uitgebreider ambtshalve meetoetsen van een aantal (andere) humanitair-reguliere verblijfskaders bij afwijzing van een eerste asielaanvraag.

Door de ambtshalve toets wil de Nederlandse wetgever preventief inspelen op eventuele uitzettingsbeletselen. De verruiming van de mogelijkheid om ambtshalve verblijfsvergunningen te verlenen, sluit, volgens de Nederlandse wetgever, ook aan bij het streven naar een zorgvuldigere en snellere asielprocedure. Indien op enig moment tijdens de asielprocedure ambtshalve een reguliere verblijfsvergunning kan worden verleend omdat daar goede redenen voor zijn, neemt dat in veel gevallen de noodzaak tot het indienen van een vervolgaanvraag weg: *“(...) ook het meetoetsen van humanitair-reguliere gronden bij de eerste asielaanvraag of de eerste humanitair-reguliere aanvraag draagt bij aan het verkorten van vervolprocedures. Immers door alle beleidskaders met een humanitair karakter al mee te toetsen, wordt een dossier opgebouwd waardoor bij een eventuele vervolgaanvraag snel beoordeeld kan worden wat er is gewijzigd ten opzichte van de eerdere situatie.”*<sup>1928</sup> Volgens de Nederlandse overheid is een bijkomend voordeel van het integraal meetoetsen in de eerste asielprocedure van alle inhoudelijke aspecten die op dat moment aan terugkeer in de weg staan, dat bij eventuele vervolganvragen er reeds een zorgvuldig opgebouwd en volledig dossier is, op basis waarvan snel een beoordeling kan worden gemaakt over de merites van een vervolgaanvraag.<sup>1929</sup>

De Nederlandse overheid verantwoordde de wijziging van het Vreemdelingenbesluit verder als volgt: *“In algemene zin wordt hier nog opgemerkt dat de procedurele geschiedenis van een vreemdeling – en zijn gezin – nogal eens een stapeling van procedures gedurende een reeks van jaren laat zien. Dit is niet goed voor de vreemdeling, die al die jaren hoop blijft houden op legaal verblijf in Nederland. Het is ook niet goed voor de vreemdelingenketen, die hierdoor onnodig en onevenredig wordt belast. Daarnaast komt het maatschappelijk draagvlak in het geding. In de lokale gemeenschap ontstaat niet zelden de indruk dat een vreemdeling al die tijd in onzekerheid wordt gehouden, terwijl er feitelijk sprake is van een opeenstapeling van soms langdurende procedures met een negatieve uitkomst voor de vreemdeling. Dit kan leiden tot gevoelens van onvrede en onbegrip als de uitkomst uiteindelijk toch is dat de vreemdeling moet terugkeren naar zijn land van herkomst. Het is daarom van belang dat procedures waar mogelijk worden gestroomlijnd en negatieve prikkels worden weggenomen. Hierbij gaat het er nadrukkelijk niet om alle mogelijkheden tot (door)procederen af te sluiten. Dat is alleen al niet mogelijk omdat er sprake kan zijn van nieuwe feiten of omstandigheden, maar het zou ook niet wenselijk zijn: vooropstaat dat iedere vreemdeling die bescherming nodig heeft, die bescherming ook behoort te krijgen.”*<sup>1930</sup>

In de asielprocedure worden daarom bijzondere aspecten – zoals medische omstandigheden, artikel 8 EVRM, tijdelijke humanitaire gronden omwille van individuele omstandigheden en slachtofferschap mensenhandel – zoveel mogelijk meegenomen.<sup>1931</sup>

Bij een ambtshalve beoordeling wordt steeds *ex nunc* getoetst. De ambtshalve verlening van een verblijfsvergunning mag in beginsel niet afhankelijk gesteld worden van het voorleggen van een geldig document voor grensoverschrijding, of een geldige machtiging tot voorlopig verblijf, noch kan het ontbreken van middelen van bestaan worden tegengeworpen. Er zullen

---

<sup>1928</sup> Nota van toelichting, Besluit van 17 december 2013 tot wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000 (stroomlijning toelatingsprocedures), *Stb.* 2013, nr. 580, 15.

<sup>1929</sup> Nota van toelichting, Besluit van 17 december 2013 tot wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000 (stroomlijning toelatingsprocedures), *Stb.* 2013, nr. 580, 16.

<sup>1930</sup> Nota van toelichting, Besluit van 17 december 2013 tot wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000 (stroomlijning toelatingsprocedures), *Stb.* 2013, nr. 580, 15-16.

<sup>1931</sup> Besluit Modern Migratiebeleid, Nota van Toelichting, *Stb.* 2010, nr. 307, 112.

ook geen leges worden geheven.<sup>1932</sup> Bij de ambtshalve toetsing van de humanitair-reguliere beleidskaders in de eerste asielprocedure zullen de normale reguliere toelatingsvoorwaarden niet worden tegengeworpen, noch zullen leges worden geheven. Dit is wel het geval bij verlenging van de humanitair-reguliere vergunning na één jaar.

Voorts bepaalt de Nederlandse overheid dat, om te voorkomen dat een vreemdeling die al langere tijd illegaal in Nederland verblijft een asielaanvraag indient enkel met het oogmerk om ambtshalve in het bezit te worden gesteld van een humanitair-reguliere vergunning zonder dat hij aan de reguliere toelatingsvoorwaarden (met name de leges- en paspoortvereiste) hoeft te voldoen, de humanitair-reguliere beleidskaders alleen volledig zullen worden meegetoetst als de asielzoeker zijn asielaanvraag binnen de zes maanden na de eerste inreis in Nederland heeft ingediend. Indien de vreemdeling pas na deze termijn zijn asielaanvraag indient, wordt met zijn asielaanvraag niet ambtshalve de toets aan artikel 8 EVRM verricht en ook niet ambtshalve beoordeeld of een verblijfsvergunning moet worden verleend op grond van de discretionaire bevoegdheid. De vreemdeling dient dan uit eigen beweging een humanitair-reguliere aanvraag in te dienen. Wel wordt nog getoetst aan 'slachtoffer mensenhandel' en 'medische redenen die aan uitzetting in de weg staan' (artikel 64 Vw2000).<sup>1933</sup>

Om te voorkomen dat de rechtsmiddelen voor de verschillende meegetoetste gronden in de eerste asielaanvraag uiteen gaan lopen, zullen de humanitair-reguliere gronden worden meegenomen in het voornemen en in de meeromvattende beschikking, en daarmee de rechtsmiddelen voor asiel volgen.<sup>1934</sup>

Doordat reguliere gronden worden meegenomen in de asielprocedure via een ambtshalve toets, wordt de principiële 'waterscheiding' tussen het regulier toelatingsbeleid en het asielbeleid op de helling gezet.<sup>1935</sup> De Nederlandse overheid motiveert dit als volgt: *"De uitbreiding van het aantal mee te toetsen reguliere beleidskaders in de eerste asielprocedure betekent niet dat de zogenaamde 'waterscheiding' is opgeheven, maar dat deze enigszins is verlegd. Met het begrip waterscheiding wordt tot uitdrukking gebracht dat in een asielprocedure geen reguliere aspecten worden meegewogen, en dat omgekeerd in een reguliere procedure geen asielgronden worden beoordeeld. De waterscheiding beoogt te voorkomen dat de asielprocedure wordt belast met reguliere aspecten en wordt gebruikt om reguliere toelatingsvoorwaarden te ontlopen. Voor de humanitair-reguliere beleidskaders is het niettemin zinvol en efficiënt om deze reeds in de eerste asielprocedure mee te toetsen, zodat de vreemdeling na afwijzing van zijn asielverzoek niet een nieuwe humanitair-reguliere procedure hoeft te starten. Met het meenemen van de reguliere aspecten in het voornemen en de meeromvattende beschikking kunnen ook de rechtsmiddelen tegen de asielaspecten en reguliere aspecten tegelijk opgaan."*<sup>1936</sup>

Er is een mogelijkheid om herhaalde asielaanvragen in te dienen, maar daar vindt in beginsel geen ambtshalve toetsing aan humanitair-reguliere beleidskader meer plaats. De vreemdeling dient dan uit eigen beweging een humanitair-reguliere aanvraag in te dienen. Bovendien zullen deze herhaalde asielaanvragen voortaan ook in een eendagstoets worden afgehandeld

---

<sup>1932</sup> Nota van toelichting, Besluit van 17 december 2013 tot wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000 (stroomlijning toelatingsprocedures), *Stb.* 2013, nr. 580, 17.

<sup>1933</sup> Nota van toelichting, Besluit van 17 december 2013 tot wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000 (stroomlijning toelatingsprocedures), *Stb.* 2013, nr. 580, 17.

<sup>1934</sup> Nota van toelichting, Besluit van 17 december 2013 tot wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000 (stroomlijning toelatingsprocedures), *Stb.* 2013, nr. 580, 17.

<sup>1935</sup> Zie in die zin J. WEDEMEIJER, "De nieuwe asielprocedure", *A&MR* 2010 Nr. 8, 398-407.

<sup>1936</sup> Nota van toelichting, Besluit van 17 december 2013 tot wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000 (stroomlijning toelatingsprocedures), *Stb.* 2013, nr. 580, 17.

(art. 3.118b Vb). Vanaf 1 januari 2014 moeten asielzoekers die een tweede of volgende asielaanvraag willen indienen dit eerst schriftelijk melden bij de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND). De asielzoeker ontvangt vervolgens een uitnodiging om zich op een specifieke dag en tijd te melden bij een IND-aanmeldcentrum voor het indienen van de asielvervolgaanvraag. Zo kan de IND de behandeling van deze asielvervolgaanvragen voorbereiden en duurt de eigenlijke procedure, waarbij de asielzoeker in of nabij een IND-aanmeldcentrum moet verblijven, in de meeste gevallen slechts drie dagen. Voor de schriftelijke aanmelding vult de asielzoeker samen met zijn advocaat het formulier Kennisgeving Tweede of Volgende Asielaanvraag in. In dit formulier staat vermeld welke documenten en bewijsmiddelen moeten worden meegezonden. Nadat de IND het formulier heeft ontvangen en op volledigheid heeft beoordeeld, ontvangt de asielzoeker een uitnodiging om de asielaanvraag in een IND-aanmeldcentrum in te dienen. De asielzoeker meldt zich op de afgesproken dag aan bij het IND-aanmeldcentrum. Hier wordt zijn identiteit gecontroleerd en ondertekent hij de officiële asielaanvraag. Vervolgens heeft de asielzoeker een gesprek met een IND-medewerker over de nieuwe feiten en omstandigheden die de reden vormen voor het opnieuw indienen van een asielaanvraag. Diezelfde dag ontvangt de asielzoeker de (voorgenomen) beslissing van de IND: vandaar de naam 'eendagstoets'. Als de beslissing negatief is (de asielaanvraag wordt afgewezen), dan kan de asielzoeker de volgende dag de beslissing bespreken met zijn advocaat en een zienswijze (formele reactie op de beslissing) indienen bij de IND. Op de derde dag neemt de IND dan de definitieve beslissing. Als tijdens de procedure blijkt dat de IND nader onderzoek moet doen om een beslissing te kunnen nemen, zal de aanvraag verder worden behandeld in een gewone asielprocedure.

780. Tenslotte blijkt uit het Vreemdelingenbesluit dat een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd ambtshalve kan worden verleend onder beperkingen die verband houden met een medische behandeling, met tijdelijke humanitaire gronden, en met niet-tijdelijke humanitaire gronden, wanneer de uitzetting van een vreemdeling in strijd zou zijn met artikel 8 van het EVRM of in andere gevallen aangewezen door de Minister waarin de verblijfsvergunning ambtshalve kan worden verleend (artikelen 3.6b en 3.6cVb).

Op grond van artikel 64 Vw 2000 blijft tenslotte de uitzetting achterwege, zolang het, door de gezondheidstoestand van de vreemdeling of die van een van zijn gezinsleden, niet verantwoord is om te reizen. Dit kan het gevolg zijn van een ambtshalve beoordeling, maar kan eveneens worden ingeroepen door de vreemdeling zelf.

#### a.) Tijdelijke humanitaire gronden

785. In algemene lijnen wordt bepaald dat de verblijfsvergunning voor bepaalde tijd op grond van tijdelijke humanitaire gronden met name *kan* worden verleend aan de vreemdeling die slachtoffer-aangever is van mensenhandel, slachtoffer is van mensenhandel, getuige-aangever is van mensenhandel, alsook de vreemdeling zonder verblijfstitel die slachtoffer is geworden van huiselijk geweld, eergerelateerd geweld of arbeidsgerelateerde uitbuiting, dan wel als minderjarige zonder verblijfstitel is tewerkgesteld (zie artikel 3.48, lid 1, Vb). Deze bescherming wordt verleend in toepassing van de Richtlijnen 2004/81/EG en 2009/52/EG.

De verblijfsvergunning *kan* voorts worden verleend aan vreemdelingen die buiten hun schuld niet uit Nederland kunnen vertrekken, en andere nader bepaalde vreemdelingen (artikel 3.48, lid 2, Vb). In het bijzonder kan een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd worden verleend aan alleenstaande minderjarige vreemdelingen die buiten hun schuld niet uit Nederland kunnen vertrekken (artikel 3.56 Vb).

De Vreemdelingencirculaire bevat in hoofdstuk B8 de concrete beleidsregels voor vreemdelingen die in Nederland willen verblijven op basis van onder meer volgende specifieke tijdelijke humanitaire gronden:

- eengerelateerd en huiselijk geweld;
- slachtoffers en getuige-aangevers van mensenhandel;
- vreemdelingen die buiten hun schuld niet uit Nederland kunnen vertrekken;
- alleenstaande minderjarige vreemdelingen (hierna: amv's) die buiten hun schuld niet uit Nederland kunnen vertrekken;
- verwesterde schoolgaande minderjarige vrouwen;
- vreemdelingen die in afwachting zijn van een verzoek om Nederlanderschap; en
- vreemdelingen die een verzoek om remigratievoorzieningen hebben gedaan.

Deze laatste twee tijdelijke humanitaire gronden worden hier niet verder besproken aangezien ze te specifiek zijn voor Nederland.

#### i) Eengerelateerd en huiselijk geweld

786. De Nederland Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND) verleent op grond van artikel 3.48, tweede lid, aanhef en onder (b), Vb een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd aan een slachtoffer van eengerelateerd geweld als aan alle volgende voorwaarden is voldaan:

1. er is sprake van een dreiging met eengerelateerd geweld in Nederland én in het land van herkomst;
2. er is een reële dreiging die niet op korte termijn kan worden weggenomen;
3. de wijze waarop uiting kan worden gegeven aan het eengerelateerd geweld is voldoende ernstig; en
4. de vreemdeling komt niet op enige andere grond in aanmerking voor een verblijfsvergunning.

De IND verleent op grond van artikel 3.48, tweede lid, aanhef en onder (b), Vb een verblijfsvergunning aan een slachtoffer van huiselijk geweld als aan alle volgende voorwaarden is voldaan:

1. er is sprake van (een reële dreiging van) huiselijk geweld;
2. het huiselijk geweld heeft geleid tot verbreking van de (huwelijks)relatie;
3. het huiselijk geweld heeft geen relatie met eer(wraak);
4. het slachtoffer kan zich niet onttrekken aan het huiselijk geweld door vestiging in het land van herkomst of het land van herkomst; en
5. het slachtoffer komt niet op enige andere grond in aanmerking voor een verblijfsvergunning.

De IND wijst de aanvraag om verlening van de verblijfsvergunning niet af wegens:

- het ontbreken van een geldige machtiging tot voorlopig verblijf, mits aan alle andere voorwaarden voor de verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd aan een slachtoffer van huiselijk geweld is voldaan; en
- het ontbreken van middelen van bestaan.

De IND verlengt de geldigheidsduur van de verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd van het slachtoffer van eengerelateerd of huiselijk geweld niet. Wel kan het slachtoffer van eengerelateerd of huiselijk geweld na een jaar een aanvraag indienen voor een verblijfsvergunning onder de beperking 'niet-tijdelijke humanitaire gronden' (zie paragraaf B9/9 Vc):



- bij voortdurende van de dreiging in verband waarmee de verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd is verleend; of
- als sprake is van klemmende redenen van humanitaire aard.

## *ii) Slachtoffers en getuige-aangevers van mensenhandel*

783. De IND onderscheidt drie verblijfsrechtelijke situaties met betrekking tot het tijdelijke verblijfsrecht van slachtoffers en getuige-aangevers van mensenhandel:

1. de bedenktijd voor slachtoffers van mensenhandel van maximaal drie maanden, gedurende dewelke het vertrek van het vermoedelijke slachtoffer uit Nederland wordt opgeschort (zie artikel 8, onder k, Vw 2000);
2. de verblijfsvergunning voor slachtoffers van mensenhandel; en
3. de verblijfsvergunning voor getuige-aangevers van mensenhandel.

Mensenhandel wordt omschreven in artikel 273f WvSr. Binnen de toegekende bedenktijd moeten de vreemdelingen een beslissing nemen of zij aangifte willen doen van mensenhandel of op andere wijze medewerking willen verlenen aan een strafrechtelijk opsporings- of vervolgingsonderzoek naar of berechting in feitelijke aanleg van een verdachte van mensenhandel, of dat zij hiervan afzien. De toekenning van een verblijfsvergunning wordt derhalve afhankelijk gesteld van de aangifte van mensenhandel of de medewerking aan een strafrechtelijk opsporings- of vervolgingsonderzoek naar of berechting in feitelijke aanleg van een verdachte van mensenhandel.

De IND kan aan een slachtoffer van mensenhandel op grond van artikel 3.48, tweede lid, onder (b), Vb een verblijfsvergunning verlenen, als het slachtoffer aantoont dat hij geen aangifte kan of wil doen of anderszins medewerking kan of wil verlenen aan de strafrechtelijke opsporing en vervolging van de mensenhandelaar in verband met:

- een ernstige bedreiging; en/of
- een medische of psychische beperking.

Hierbij moet worden gepreciseerd dat de IND de verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd uitsluitend ambtshalve verleent:

- nadat is geconstateerd dat de aanvraag tot verlening van een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde of onbepaalde tijd wordt afgewezen; of
- nadat is besloten dat een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde of onbepaalde tijd wordt ingetrokken.
- 

## *iii) Vreemdelingen die buiten hun schuld niet uit Nederland kunnen vertrekken*

787. De IND verleent ambtshalve of op aanvraag, op grond van artikel 3.48, tweede lid, aanhef en onder (a), Vb, een verblijfsvergunning aan een vreemdeling die zonder resultaat heeft geprobeerd uit Nederland te vertrekken, als de vreemdeling aan alle volgende cumulatieve voorwaarden voldoet:

- de vreemdeling heeft:
  - alles gedaan wat in zijn vermogen ligt om zijn vertrek zelfstandig te realiseren;
  - er bestaat geen twijfel over zijn nationaliteit en identiteit; en
  - het is niet aan hem te wijten dat hij Nederland niet kan verlaten.
- de vreemdeling heeft:
  - zich gewend tot de IOM voor de facilitering van zijn vertrek; en

- deze organisatie heeft aangegeven dat zij niet in staat is het vertrek van de vreemdeling te realiseren vanwege het feit dat de vreemdeling stelt niet te beschikken over reisbescheiden.
- de vreemdeling heeft:
  - om bemiddeling van de Dienst Terugkeer en Vertrek verzocht bij het verkrijgen van de benodigde bescheiden van de autoriteiten van het land waarnaar vertrek mogelijk is; en
  - de bemiddeling heeft niet het gewenste resultaat gehad; en
- de vreemdeling:
  - verblijft zonder verblijfstitel in Nederland;
  - voldoet niet aan voorwaarden voor een andere verblijfsvergunning; en
  - heeft evenmin een aanvraag voor een verblijfsvergunning op andere gronden ingediend.

Van belang is dat de IND de aanvraag om een verblijfsvergunning kan afwijzen indien de vreemdeling een afwijzende beschikking op zijn asielaanvraag heeft ontvangen wegens het toerekenbaar ontbreken van documenten die betrekking hebben op de identiteit en nationaliteit van de vreemdeling;

De IND verleent verder op grond van artikel 3.48, tweede lid, aanhef en onder (a), Vb een verblijfsvergunning aan een vreemdeling die om medische redenen niet kan vertrekken als:

- door het Bureau Medische Advisering is vastgesteld dat de vreemdeling vanwege zijn gezondheidstoestand blijvend niet kan reizen; of
- is aangetoond dat de vreemdeling en de betrokken instanties alle inspanningen hebben verricht om het vertrek uit Nederland te realiseren, waaronder het verkrijgen van vervangende reisbescheiden, en gebleken is dat de voorgeschreven fysieke overdracht niet te realiseren is.

*iv) Alleenstaande minderjarige vluchtelingen (hierna: amv's) die buiten hun schuld niet uit Nederland kunnen vertrekken*

788. Op grond van artikel 3.56 Vb verleent de IND een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd op grond van het specifieke buitenschuldbeleid aan een amv als de vreemdeling voldoet aan alle volgende voorwaarden:

- de vreemdeling is alleenstaand;
- de vreemdeling is (nog) minderjarig;
- de vreemdeling is ten tijde van de eerste verblijfsaanvraag jonger dan vijftien jaar;
- voor de vreemdeling is in het land van herkomst of een ander land waar hij redelijkerwijs naartoe kan gaan geen adequate opvang of het vertrek kan buiten de schuld van de vreemdeling niet plaatsvinden en hij heeft zich actief ingezet om zijn vertrek te realiseren.

De IND verstaat onder adequate opvang in het land van herkomst iedere opvang (ongeacht de vorm) waarvan de omstandigheden vergelijkbaar zijn met de omstandigheden waaronder opvang wordt geboden aan leeftijdsgenoten die zich in een gelijkwaardige positie als de vreemdeling bevinden.

De IND neemt het bestaan van adequate opvang in ieder geval aan als er sprake is van één van de volgende omstandigheden:

- a. in het betreffende land is een familielid tot in de vierde graad aanwezig;

- b. in het betreffende land is de echtgeno(o)t(e) aanwezig met wie de vreemdeling niet-erkend traditioneel is gehuwd;
- c. uit feiten en omstandigheden komt naar voren dat een ander familielid dan in (a) en (b) gesteld of een meerderjarige, niet zijnde een familielid, adequate opvang kan bieden;
- d. opvang in een (particuliere) opvanginstelling is voorhanden en de IND beschouwt deze opvang naar lokale omstandigheden als aanvaardbaar;
- e. uit het landgebonden asielbeleid volgt dat de autoriteiten zorgdragen voor de opvang;
- f. op grond van algemene informatie blijkt dat de algemene opvangvoorzieningen beschikbaar en toereikend zijn.

Bij het zoeken naar een vorm van opvang die voor een amv als adequaat mag worden beschouwd, zal primair worden getracht om de minderjarige met de ouder(s) te herenigen. Opvang bij ouders is in beginsel aan te merken als adequaat.

Een opvangvoorziening wordt aangemerkt als adequaat indien de opvangvoorziening de minderjarige in ieder geval naar lokale maatstaven biedt:

- een onderdak tot de minderjarige de leeftijd van 18 jaar zal bereiken, tenzij de opvang dient tot het overbruggen van een beperkte periode, waarna de minderjarige door zijn eigen familie, of door anderen bij wie er sprake is van adequate opvang, kan worden opgevangen;
- de beschikbaarheid van voedsel, kleding en hygiëne;
- de toegang tot onderwijsvoorzieningen; en
- de aanwezigheid van medische verzorging.

Wanneer vertrek buiten de schuld van de amv niet kan worden gerealiseerd binnen de maximale termijn van drie jaar na de laatste verblijfsaanvraag, gaat de IND over tot een ambtshalve verlening zonder nader onderzoek, als aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- de vreemdeling is ten tijde van de eerste verblijfsaanvraag jonger dan vijftien jaar;
- de vreemdeling heeft geloofwaardige verklaringen afgelegd over zijn identiteit, nationaliteit, ouders en andere familieleden;
- uit de verklaringen van de vreemdeling komt naar voren dat er geen familieleden of andere personen zijn die adequate opvang kunnen bieden, naar wie de vreemdeling kan terugkeren;
- de vreemdeling heeft tijdens de procedure een onderzoek naar opvangmogelijkheden in het land van herkomst of een ander land niet gefrustreerd;
- bekend is dat in het algemeen geen adequate opvang beschikbaar is en aangenomen wordt dat deze niet binnen afzienbare tijd beschikbaar wordt, in het land van herkomst of in een ander land waar de vreemdeling redelijkerwijs naar toe kan. In een dergelijke situatie wordt aangenomen dat de Dienst Terugkeer en Vertrek (DT&V) er binnen de termijn van drie jaar niet in zal slagen om een vorm van adequate opvang te vinden.

Wanneer vertrek buiten de schuld van de amv niet kan worden gerealiseerd binnen de drie jaar na de laatste verblijfsaanvraag, kan de IND overgaan tot een verlening van een reguliere verblijfsvergunning indien na nader onderzoek blijkt dat is voldaan aan de volgende voorwaarden:

- de vreemdeling is ten tijde van de eerste verblijfsaanvraag jonger dan vijftien jaar;
- de vreemdeling heeft geloofwaardige verklaringen afgelegd over zijn identiteit, nationaliteit, ouders en andere familieleden;
- de vreemdeling heeft zich actief ingezet om zijn eigen terugkeer te realiseren. Zo heeft hij zich actief ingezet om zijn eigen identiteit en nationaliteit aan te tonen, een

(vervangend) reisdocument te verkrijgen (indien nodig) en contact te leggen met familie of andere personen of organisaties in het land van herkomst naar wie hij zou kunnen terugkeren;

- in nader onderzoek is vastgesteld dat er geen sprake is van adequate opvang;
- er is op het moment van de beoordeling geen zicht op een feitelijk vertrek naar het land van herkomst.

Op te merken valt dat de IND geen verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd verleent aan een vreemdeling die tijdens de verblijfsprocedure een onderzoek naar opvangmogelijkheden in het land van herkomst of een ander land frustreert.

#### v) Verwesterde schoolgaande minderjarige vrouwen

789. De IND verleent een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd op grond van artikel 3.48, tweede lid onder (b), Vb, aan een verwesterde minderjarige vrouw als de minderjarige vrouw aannemelijk heeft gemaakt dat bij een terugkeer naar Afghanistan sprake is van een onevenredig zware psychosociale druk.

De IND beoordeelt of er sprake is van een onevenredige psychosociale druk aan de hand van in ieder geval de volgende omstandigheden:

- de mate van verwestering van de minderjarige vrouw;
- de medische omstandigheden (bij de minderjarige vrouw of bij een gezinslid); en
- de samenstelling van het gezin.

De IND beoordeelt de mate van verwestering aan de hand van de volgende omstandigheden:

- de minderjarige vrouw is tenminste tien jaar oud;
- de verblijfsduur in Nederland bedraagt tenminste acht jaar, gerekend vanaf de datum van de eerste aanvraag voor een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd tot aan de aanvraag voor een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd, zoals in deze paragraaf is omschreven; en
- zij volgt onderwijs in Nederland.

De IND verleent in ieder geval geen verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd op grond van artikel 3.48, tweede lid onder (b), Vb, als:

- de minderjarige vrouw in Afghanistan kan worden beschermd door machtige actoren (stamoudsten, krijgsheren);
- de minderjarige vrouw of een van haar gezinsleden de terugkeer naar Afghanistan frustreert (waaronder het voeren van procedures die enkel zijn gericht op het bemoeilijken van de terugkeer);
- de minderjarige vrouw in tussentijd is teruggekeerd naar Afghanistan; of
- er zijn redenen van openbare orde aanwezig.

De IND duidt de groep vreemdelingen die in aanmerking komt voor de verblijfsvergunning voor verwesterde minderjarige vrouwen aan als een bijzondere groep aan wie in het kader van de hardheidsclausule zoals bedoeld in artikel 3.71, derde lid, Vb vrijstelling van de vereiste om te beschikken over een geldige machtiging tot een voorlopig verblijf kan worden verleend. De IND wijst de aanvraag niet af wegens het ontbreken van een geldig document voor grensoverschrijding. Het uitgangspunt in het Nederlandse landengebonden asielbeleid dat verwesterde vrouwen zich kunnen aanpassen in Afghanistan blijft voor minderjarige vrouwen bestaan.

## b.) Medische behandeling

790. Een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd *kan* in beginsel worden verleend omwille van het ondergaan van een medische behandeling indien Nederland naar het oordeel van de IND het meest aangewezen land is voor het ondergaan van een noodzakelijke medische behandeling en de financiering van die medische behandeling naar het oordeel van de IND deugdelijk is geregeld (artikel 3.46, lid 1, Vb). De vreemdeling ondertekent een medische verklaring, ertoe strekkende dat hij toestemming verleent voor het medisch onderzoek, indien dat noodzakelijk is.

Per uitzondering wordt de aanvraag niet afgewezen wanneer er geen geldige machtiging tot voorlopig verblijf (MVV) wordt voorgelegd, of wanneer voldoende middelen van bestaan ontbreken of wanneer de financiering van de medische behandeling niet deugdelijk is geregeld, indien ten minste een jaar direct voorafgaand aan de aanvraag tegen de uitzetting beletselen hebben bestaan zoals bedoeld in artikel 64 Vw 2000. De aanvraag wordt eveneens niet afgewezen wegens het verstrekken van onjuiste gegevens of het achterhouden van gegevens, indien de vreemdeling ten minste een jaar direct voorafgaand aan de aanvraag rechtmatig verblijf heeft gehad omdat tegen de uitzetting beletselen hebben bestaan zoals bedoeld in artikel 64 Vw 2000 (artikel 46, lid 3 en 4, Vb).

Hoofdstuk B8 van de Vreemdelingencirculaire verduidelijkt de toepassing van deze tijdelijke humanitaire grond verder. In grote lijnen houdt dit in dat een vrijstelling wordt verleend van de vereiste om over een geldig document voor grensoverschrijding te beschikken als wordt voldaan aan alle volgende voorwaarden:

- de vreemdeling verblijft in Nederland;
- er bestaat voldoende inzicht in de identiteit en nationaliteit van de vreemdeling. De autoriteiten van het land waarvan de vreemdeling onderdaan is betwisten de identiteit en nationaliteit van de vreemdeling niet;
- de vreemdeling toont aan dat de enige mogelijkheid voor de afgifte of verlenging van een geldig document voor grensoverschrijding vereist dat de vreemdeling in persoon terugkeert naar het land van herkomst;
- als gevolg van stopzetting van de medische behandeling ontstaat een medische noodsituatie; en
- de behandeling van de medische klachten kan niet plaatsvinden in het land van herkomst.

In beginsel wijst de IND de aanvraag voor een verblijfsvergunning af als de vreemdeling niet over voldoende middelen van bestaan beschikt voor de kosten van het levensonderhoud gedurende het voorgenomen verblijf in Nederland of als de kosten die verbonden zijn aan het verblijf van de vreemdeling in Nederland in verband met de medische behandeling met algemene middelen worden gefinancierd. De IND wijst evenwel de aanvraag voor een verblijfsvergunning niet af om de reden dat de vreemdeling niet beschikt over voldoende middelen van bestaan als ten minste een jaar direct voorafgaande aan de aanvraag tegen de uitzetting beletselen hebben bestaan zoals bedoeld in artikel 64 Vw.

De IND beschouwt Nederland uitsluitend als het meest aangewezen land voor het ondergaan van een noodzakelijke medische behandeling, zoals bedoeld in artikel 3.46 Vb, als de vreemdeling voldoet aan alle voorwaarden die genoemd worden in de op de vreemdeling toepasselijke situatie van de hier, onder 1 t/m 5 genoemde situaties:

1. Nederland heeft internationaal gezien een bijzonder specialisme voor de medische noodzakelijke behandeling van de betreffende aandoening.
2. De volgende voorwaarden zijn van toepassing:

- a. de vreemdeling verblijft ten minste vijf jaar al dan niet rechtmatig in Nederland;
  - b. er is sprake van medische klachten waarvan de behandeling niet in het land van herkomst, of een ander land waar de vreemdeling naar kan vertrekken, kan plaatsvinden;
  - c. de stopzetting van de medische behandeling veroorzaakt een medische noodsituatie; en
  - d. de medische behandeling duurt ten minste één jaar.
3. De volgende voorwaarden zijn van toepassing:
- a. de vreemdeling is in Nederland;
  - b. er is sprake van medische klachten waarvan de behandeling niet in het land van herkomst of een ander land waar de vreemdeling naar kan vertrekken, kan plaatsvinden;
  - c. de stopzetting van de medische behandeling veroorzaakt een medische noodsituatie; en
  - d. de medische behandeling ter voorkoming van het ontstaan van deze medische noodsituatie zal naar verwachting langer dan één jaar duren.
4. De volgende voorwaarden zijn van toepassing:
- a. de vreemdeling verblijft langdurig in Nederland op grond van een verblijfsvergunning asiel of regulier al dan niet van bepaalde of onbepaalde tijd, en
  - b. de vreemdeling ondergaat in Nederland een medisch noodzakelijke behandeling.
5. De volgende voorwaarden zijn van toepassing:
- a. de vreemdeling is zwanger;
  - b. de vreemdeling is hier te lande woonachtig;
  - c. uit het advies van het Bureau Medische Advisering (hierna: het BMA-advies) blijkt dat het verlenen van specialistische prenatale zorg medisch noodzakelijk is;
  - d. er is sprake van een naar internationaal privaatrecht geldig huwelijk of een (geregistreerde) partnerschap; en
  - e. de partner of echtgenoot van de vreemdeling is Nederlander of verblijft in Nederland op grond van een verblijfsvergunning asiel of regulier al dan niet van bepaalde of onbepaalde tijd.

De IND concludeert dat de medische behandeling niet in het land van herkomst of een ander land waar de vreemdeling naar kan vertrekken, kan plaatsvinden in één van de volgende gevallen:

- uit het BMA-advies blijkt dat in het desbetreffende land geen of onvoldoende behandelmogelijkheden aanwezig zijn;
- uit het BMA-advies blijkt dat in het desbetreffende land onderbrekingen in de medicijnvoorraden voorkomen, die een maand of langer duren;
- het BMA is vanwege de situatie in het land van herkomst niet in staat om te adviseren over de aanwezigheid van behandelmogelijkheden in het land van herkomst; of
- uit het BMA-advies blijkt dat:
  - de vreemdeling een medische behandeling ondergaat;
  - mantelzorg noodzakelijk is voor het slagen van deze medische behandeling; en sprake is van een medische noodsituatie; en
  - de vreemdeling toont aan dat:
    - in het land van herkomst of bestendig verblijf geen gezins- of familieleden zijn die in staat moeten worden geacht de medisch noodzakelijke mantelzorg te verlenen; en

- gezins- of familieleden hier te lande verblijven op grond van een verblijfsvergunning asiel of regulier al dan niet van bepaalde of onbepaalde tijd of Nederlander zijn, die de medisch noodzakelijke mantelzorg verlenen.

Onder een medische noodsituatie verstaat de IND het volgende: die situatie waarbij de vreemdeling lijdt aan een stoornis, waarvan op basis van de huidige medisch-wetenschappelijke inzichten vaststaat dat het achterwege blijven van een behandeling binnen een termijn van drie maanden zal leiden tot het overlijden, de invaliditeit of een andere vorm van ernstige geestelijke of lichamelijke schade. De IND betreft omstandigheden die de feitelijke toegankelijkheid van de medische zorg betreffen niet bij de beoordeling van de aanvraag tot het verlenen van een verblijfsvergunning voor medische behandeling of voor de toepassing van artikel 64 Vw. De IND verstaat onder feitelijke toegankelijkheid de bereikbaarheid van een medische behandeling voor een individu waarbij niet-medische factoren, zoals onder meer politieke, discriminatoire, veiligheids-, geografische, economische, infrastructurele en inkomensaspecten, een rol spelen.

#### c.) Artikel 64 Vw 2000: medische uitzettingsbeletselen

791. De IND beoordeelt ambtshalve bij de afwijzing van een aanvraag voor medische behandeling of de uitzetting van de vreemdeling op grond van artikel 64 Vw achterwege moet blijven.

In hoofdstuk A3/7 Vc wordt nader bepaald dat uitzetting op grond van artikel 64 Vw achterwege blijft als het Bureau Medische Advisering (hierna: BMA) aangeeft dat aan een van de volgende voorwaarden wordt voldaan:

- indien als gevolg van de stopzetting van de medische behandeling een medische noodsituatie ontstaat;
- de behandeling van de medische klachten niet kan plaatsvinden in het land van herkomst of een ander land waar de vreemdeling zich kan vestigen; en
- de medische behandeling ter voorkoming van het ontstaan van deze noodsituatie naar verwachting één jaar of korter zal duren.

De IND past artikel 64 Vw toe voor de duur van het reisbeletsel met maximaal een jaar. Indien de vreemdeling weer wel kan reizen, 'herleeft' de uitzettingsmogelijkheid. De toepassing van artikel 64 Vw doet geen rechtmatig verblijf ontstaan, maar in bepaalde gevallen kan de betrokken zieke vreemdeling wel toegang krijgen tot opvangvoorzieningen voor asielzoekers.

In beginsel doet het achterwege blijven van uitzetting op grond van artikel 64 Vw zich niet eerder voor dan vanaf het moment waarop de rechtsplicht ontstaat om Nederland te verlaten. Zoals eerder vermeld kan door een vreemdeling zelf beroep worden gedaan op artikel 64 Vw 2000 door het indienen van een aanvraag.

Een uitzondering hierop is de ambtshalve toets die de IND kan uitvoeren in de zogenaamde parallelle procedure (zie A3/7.3 Vc). Doordat medische omstandigheden eerder kunnen worden onderkend door de IND, worden deze omstandigheden zoveel mogelijk (ambtshalve) meegenomen tijdens de asielpprocedure. Overige medische omstandigheden die tijdens de aanvraag voor een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd tot uiting komen, worden ook meegenomen als deze zijn onderbouwd. Bij een afwijzing van de aanvraag voor een verblijfsvergunning asiel wordt in de meeromvattende beschikking door de IND beoordeeld of de medische omstandigheden een grond vormen voor de toepassing van artikel 64 Vw. Deze ambtshalve toets op grond van artikel 64 Vw parallel aan de asielpprocedure wordt de

‘parallelle procedure’ genoemd. Ten behoeve van de parallelle procedure moet de vreemdeling een recente, volledig ingevulde en ondertekende medische verklaring verstrekken en zijn identiteit en nationaliteit laten vaststellen. De IND maakt in beginsel een meeromvattende beschikking over het besluit op de asielaanvraag en de ambtshalve toets aan artikel 64 Vw.

Een vreemdeling met een lopende reguliere procedure, die vanwege zijn medische situatie niet kan reizen, kan een beroep doen op een situatie analoog aan artikel 64 Vw, alhoewel er nog geen sprake is van verwijderbaarheid. Er loopt tenslotte nog een reguliere aanvraag. Van deze mogelijkheid wordt voornamelijk gebruik gemaakt in situaties waar de vreemdeling een reguliere procedure heeft lopen en die vanwege zijn medische situatie niet kan reizen. Het belang van de vreemdeling ligt in deze situatie niet in het achterwege laten van de uitzetting - er is nog sprake van rechtmatig verblijf - maar in de mogelijkheid van het krijgen of behouden van opvang/onderdak. Aan een vreemdeling die een aanvraag voor een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd voor medische behandeling heeft ingediend en de nodige bewijsstukken heeft voorgelegd, kan de IND derhalve een analoge toepassing aan artikel 64 Vw geven in afwachting van de beslissing over een aanvraag voor een verblijfsvergunning omwille van een medische behandeling als de vreemdeling. De analoge toepassing van artikel 64 Vw eindigt in deze gevallen van rechtswege als de IND de aanvraag voor een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd voor het ondergaan van een medische behandeling afwijst of inwilligt.

#### d.) Niet-tijdelijke humanitaire gronden

792. De niet-tijdelijke humanitaire gronden hebben betrekking tot vreemdelingen die bijzondere banden hebben met Nederland. Het betreft met name vreemdelingen die eerder in Nederland hebben verbleven en naar Nederland willen terugkeren, vreemdelingen die als kind of alleenstaande minderjarige vreemdeling langdurig in Nederland verblijven, of vreemdelingen die in Nederland verblijven op grond van een verblijfsvergunning en voortgezet verblijf in Nederland wensen.

#### i) Omwille van een voortgezet verblijf – bindend

793. Een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd, *wordt* omwille van niet-tijdelijke humanitaire gronden verleend aan de vreemdeling die:

- a. als minderjarige houder is geweest van een verblijfsvergunning onder een beperking verband houdend met verblijf als familie- of gezinslid van een Nederlander of een vreemdeling met niet-tijdelijk verblijfsrecht, en
- b. langer dan een jaar houder is geweest van de in onderdeel (a) bedoelde verblijfsvergunning, dan wel in Nederland is geboren uit ouders met een niet-tijdelijk verblijfsrecht (artikel 3.50 Vb).

Indien een van de ouders in Nederland is gevestigd en de Nederlandse nationaliteit heeft, wordt de verblijfsvergunning eveneens aan de minderjarige vreemdeling verleend, tenzij de vreemdeling onjuiste gegevens heeft verstrekt dan wel gegevens heeft achtergehouden die tot de afwijzing van de oorspronkelijke aanvraag tot het verlenen zouden hebben geleid, of tenzij de vreemdeling het hoofdverblijf buiten Nederland heeft verplaatst (artikel 3.50, lid 4, Vb).

Krachtens hoofdstuk B 9 Vc, verleent de IND de verblijfsvergunning ook aan de vreemdeling die:

- in het jaar na zijn verblijfsaanvaarding in het kader van een verblijf als familie- of gezinslid meerderjarig is geworden; of



- nog feitelijk bij zijn ouder(s) woont en van wie de gezinsband niet is verbroken en die voldoet aan de voorwaarden van artikel 3.50 Vb.

## ii) Omwille van een voortgezet verblijf of wedertoelating – facultatief

794. Artikel 3.51 Vb bevat bepalingen over het voortgezet verblijf van vreemdelingen die al in Nederland verblijven, en de wedertoelating van vreemdelingen, waaronder oud-Nederlanders, die eerder in Nederland hebben verbleven en naar Nederland willen terugkeren.

Dit artikel is facultatief geredigeerd en dwingt niet tot een vergunningsverlening. De beleidsmaatregelen worden nader uitgewerkt in hoofdstuk B9 Vc.

Een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd *kan* omwille van niet-tijdelijke humanitaire gronden *worden* verleend aan de vreemdeling, die met name:

- vijf jaar in Nederland verblijft als familie- of gezinslid van een persoon met een niet-tijdelijk verblijfsrecht;
- drie jaar in Nederland verblijft omwille van een medische behandeling, voor zover die medische behandeling naar het oordeel van de IND gedurende ten minste nog een jaar in Nederland noodzakelijk zal zijn;
- drie jaar in Nederland verblijft omwille van tijdelijke humanitaire gronden;
- nadat zijn uitzetting op grond van artikel 64 Vw 2000 gedurende een jaar achterwege is gebleven, twee jaar in Nederland verblijft als houder van een verblijfsvergunning onder een beperking verband houdend met een medische behandeling, voor zover die medische behandeling naar het oordeel van de IND gedurende ten minste nog een jaar in Nederland noodzakelijk zal zijn;
- houder is geweest van een verblijfsvergunning als familie- of gezinslid van een persoon met een niet-tijdelijk verblijfsrecht, indien de relatie tussen de vreemdeling en die persoon door het overlijden van die persoon is verbroken;
- Oud-Nederlanders zijn die bijzondere banden hebben met Nederland;
- minderjarig is, voor zover in diens opvang en wettelijke vertegenwoordiging in Nederland is voorzien, en die:
  - tien jaren rechtmatig in Nederland heeft verbleven, of als Nederlander, of
  - vóór de indiening van de aanvraag vijf jaren rechtmatig in Nederland heeft verbleven, of als Nederlander, voor zover Nederland naar het oordeel van de IND het meest aangewezen land is voor de vreemdeling;
- in aanmerking komt voor de terugkeeroptie op grond van artikel 8 van de Remigratiewet, en die direct voorafgaande aan de remigratie
  - gedurende drie achtereenvolgende jaren rechtmatig verblijf in Nederland had;
  - als het minderjarige kind van een Nederlander of van een vreemdeling met rechtmatig verblijf dan zelf rechtmatig verblijf had, ongeacht de duur daarvan, en tegelijkertijd met die Nederlander of die vreemdeling om verblijf verzoekt;
  - of als het minderjarige kind van een Nederlander of van een vreemdeling met rechtmatig verblijf, dan wel zelf rechtmatig verblijf heeft, ongeacht de duur daarvan, en die binnen een jaar na remigratie meerderjarig is geworden en die zelfstandig om verblijf verzoekt. De volgende omstandigheden worden daarbij onderzocht: de reden van de remigratie, de duur van het verblijf in Nederland en in het land van herkomst, de in Nederland en in het buitenland gevolgde schoolopleiding, de in Nederland en in het buitenland opgedane werkervaring, de kennis van de Nederlandse taal, de aanwezigheid van

familieleden in Nederland, en eerdere pogingen om terug te keren naar Nederland.

- onmiddellijk voorafgaand aan de indiening van de aanvraag twee jaar rechtmatig verblijf in Nederland als gezinslid van een houder van een Europese blauwe kaart, en op het tijdstip waarop de aanvraag is ontvangen of de beschikking wordt gegeven, als gezinslid van houder van de Europese blauwe kaart ten minste vijf jaar legaal en ononderbroken verblijf heeft gehad op het grondgebied van een EU lidstaat;
- wegens bijzondere individuele omstandigheden naar het oordeel van de IND blijvend op verblijf in Nederland is aangewezen; bijvoorbeeld wanneer de vreemdeling:
  - ten minste een jaar in het bezit is geweest van een verblijfsvergunning op grond van (dreigend) eengerelateerd geweld;
  - ten minste een jaar in het bezit is geweest van een verblijfsvergunning op grond van (een reële dreiging van) huiselijk geweld;
  - ten minste een jaar in het bezit is geweest van een verblijfsvergunning als slachtoffer van mensenhandel die geen aangifte kan of wil doen of op een andere manier medewerking kan of wil verlenen aan de strafrechtelijke opsporing en vervolging van de mensenhandelaar;
  - wegens bijzondere individuele omstandigheden naar het oordeel van Onze Minister blijvend op verblijf in Nederland is aangewezen.

In dit kader wordt in hoofdstuk B9 Vc onder meer verwezen naar het recht op de eerbiediging van het privéleven onder artikel 8 EVRM waarbij wordt verwezen naar de rechtspraak van het EHRM omtrent het begrip 'privéleven', dat wordt gevormd door de volgende elementen: het recht op identiteit; het recht op persoonlijke ontwikkeling; het recht om relaties aan te gaan met andere mensen en te ontwikkelen met andere mensen en de buitenwereld; elementen als vereenzelviging met een bepaald geslacht, naam, seksuele oriëntatie en een seksueel leven; en geestelijke stabiliteit.

De IND betreft bij de beoordeling van een beroep op het uitoefenen van privéleven op grond van artikel 8 EVRM in ieder geval:

- de vraag of aan de vreemdeling in Nederland verblijf is toegestaan op grond van een verblijfsvergunning;
- de verblijfsduur in Nederland; en
- het totaal van de in het gastland aangegane sociale banden en de intensiteit daarvan.

De IND neemt inmenging in het privéleven aan, als de vreemdeling:

- een inreisverbod is opgelegd;
- ongewenst is verklaard; of
- in het bezit is geweest van een verblijfsvergunning.

Om te kunnen bepalen of een weigering van een (voortzetting van) het verblijf van de vreemdeling in strijd is met artikel 8 EVRM, neemt de IND alle relevante feiten en omstandigheden van het geval in ogenschouw en brengt deze tot uitdrukking in een belangenafweging. Welke belangen de IND bij de belangenafweging betreft, hangt af van de concrete individuele casus. Van belang is dat het altijd gaat om de feitelijke situatie in het individuele geval, die per casus verschilt. Aangezien het gaat om de beoordeling en afweging van diverse belangen van verschillende aard, komt in beide gevallen aan de IND een zekere beoordelingsvrijheid (*'a certain margin of appreciation'*) toe.

De IND bepaalt de uitgangspositie van de belangenafweging mede door de omstandigheid of er sprake is van inmenging. Bij de weigering van het voortgezet verblijf is de uitgangspositie van de vreemdeling sterker dan bij de eerste toelating van de vreemdeling tot het Nederlandse

grondgebied. De omstandigheid dat er nooit sprake is geweest van een rechtmatig verblijf betreft de IND ten nadele van de vreemdeling bij deze belangenafweging. Dit laat onverlet dat ook als geen sprake is van inmenging, de IND een belangenafweging maakt tussen de belangen van de Staat en die van de vreemdeling.

Voorts is het van belang om te wijzen op de regeling die werd getroffen m.b.t. langdurig verblijvende kinderen in Nederland n.a.v. het regeerakkoord van 29 oktober 2021, waarin werd opgenomen dat langdurig in Nederland verblijvende kinderen en alleenstaande minderjarigen onder voorwaarden in aanmerking kunnen komen voor een verblijfsvergunning. Daartoe werd een definitieve regeling getroffen (de zgn. ‘wortelingswet’), alsook een overgangsregeling (het zgn. ‘kinderpardon’). In beide regelingen is de vergunning afhankelijk van het indienen van een aanvraag. De wetgever motiveerde als volgt:

*“Doel en achtergrond van de regelingen*

*Er zijn kinderen die al vele jaren in Nederland verblijven, zonder uitzicht op een verblijfsvergunning. De lange duur van het verblijf is te wijten aan procedures die in het verleden soms lang duurden, het niet meewerken aan vertrek en het stapelen van procedures door ouders, of een combinatie van deze factoren.*

*Om te voorkomen dat deze jongeren hiervan de dupe worden, is door het kabinet besloten een definitieve regeling en een overgangsregeling te treffen op grond waarvan deze jongeren, onder bepaalde voorwaarden, alsnog in aanmerking kunnen komen voor een verblijfsvergunning.*

*De overgangsregeling verleent duidelijkheid aan kinderen met een asielachtergrond, die reeds langdurig in Nederland verblijven. De definitieve regeling moet voorkomen dat er in de toekomst opnieuw discussies ontstaan over lang in Nederland verblijvende kinderen en de rol en verantwoordelijkheid van de overheid ten opzichte van deze, veelal uitgeprocedeerde, vreemdelingen. Door de invoering van de definitieve regeling komt er beleid waaraan deze verantwoordelijkheid van de overheid, alsmede de verantwoordelijkheid van de ouders, objectief kan worden getoetst.*

*In de overgangsregeling en de definitieve regeling wordt rekening gehouden met de bijzondere belangen van kinderen, en gezinsbanden worden daarbij, indien aanwezig, in acht genomen. De beoordeling van de aanvraag vindt plaats in de context van het gezin, met uitzondering van alleenstaande minderjarige vreemdelingen. In specifieke situaties kunnen de gedragingen van de gezinsleden consequenties hebben voor het kind dat in het kader van de regeling als hoofdpersoon wordt beschouwd.”<sup>1937</sup>*

De definitieve regeling, ook wel de ‘wortelingswet’ genoemd, werd vastgesteld in hoofdstuk B 9, punt 5 Vc (‘langdurig verblijvende kinderen’), dat bepaalt dat de IND een vergunning verleent aan de vreemdeling:

- a. die jonger is dan 19 jaar op het moment van de aanvraag;
- b. die zelf, dan wel ten behoeve van wie, ten minste vijf jaar voor het bereiken van de leeftijd van 18 jaar een aanvraag voor een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd heeft, dan wel is, ingediend bij de IND en na die aanvraag ten minste vijf jaar in Nederland heeft verbleven;
- c. die zich gedurende de periode van het verblijf in Nederland niet langer dan een aaneengesloten periode van drie maanden heeft onttrokken aan het toezicht van IND, DT&V, COA (d.i. het Centraal Orgaan opvang Asielzoekers) of de Vreemdelingenpolitie (in het kader van de meldplicht), of in het geval van alleenstaande minderjarige vreemdelingen, van de voogdij-instelling Nidos; én

---

<sup>1937</sup> Besluit van de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 30 januari 2013, nummer WBV 2013/1, houdende wijzigingen van de Vreemdelingencirculaire 2000, Toelichting, bijlage bij *Kamerstukken II*, 2012-2013, 19 637, nr. 1601.

- d. die, voor zover van toepassing, vooraf schriftelijk heeft aangegeven dat hij zijn lopende procedures onvoorwaardelijk intrekt bij verblijfsverlening op grond van de regeling.

De IND verleent ook een vergunning aan gezinsleden die op het moment van de beoordeling deel uitmaken van het gezin van de vreemdeling aan wie een vergunning wordt verleend, tenzij de feitelijke gezinsband inmiddels is verbroken. Het toetsingsmoment is daarbij het moment van de aanvraag. Onder gezinsleden verstaat de IND de ouders, de minderjarige broer(s) of zus(sen), of meerderjarige broer(s) of zus(sen) die nog onderdeel vormen van het gezin. De IND werpt niet tegen dat door of namens de vreemdeling geen asielaanvraag is ingediend als een ouder van de vreemdeling een asielaanvraag heeft ingediend en de vreemdeling na de start van de asielprocedure is geboren. De IND kan evenwel contra-indicaties opwerpen zoals risico's m.b.t. de openbare orde of nationale veiligheid.

Het 'kinderpardon' of de overgangsregeling bepaalde dat de IND een vergunning verleende aan de vreemdeling die in het kader van de regeling als hoofdpersoon kan worden beschouwd:

- a. die jonger is dan 21 jaar op de startdatum van de peilperiode, met name 29 oktober 2012;
- b. die zelf, dan wel ten behoeve van wie, op de startdatum van de peilperiode tenminste vijf jaar voor het bereiken van de leeftijd van 18 jaar een aanvraag zoals bedoeld in artikel 28 Vw (asielaanvraag) heeft, dan wel is, ingediend bij de IND en na die aanvraag tenminste vijf jaar in Nederland heeft verbleven;
- c. die zich gedurende de periode van verblijf in Nederland niet langer dan een aaneengesloten periode van drie maanden heeft onttrokken aan het toezicht van IND, DT&V, COA of de Vreemdelingenpolitie (in het kader van de meldplicht), of in het geval van alleenstaande minderjarige vreemdelingen, van de voogdij-instelling Nidos; én
- d. die, voor zover van toepassing, vooraf schriftelijk heeft aangegeven dat hij zijn lopende procedures onvoorwaardelijk intrekt bij verblijfsverlening op grond van de regeling.

De IND verleende ook een vergunning aan gezinsleden die deel uitmaken van het gezin van de vreemdeling aan wie een vergunning wordt verleend, tenzij de feitelijke gezinsband inmiddels is verbroken. De gezinsleden en de gezinsband wordt beoordeeld naar de stand van zaken op 29 oktober 2012 (startdatum van de zgn. 'peilperiode'). De betrokken vreemdelingen hadden de mogelijkheid om gedurende de periode van 1 februari 2013 tot 1 mei 2013 een aanvraag in te dienen in het kader van het tijdelijke 'kinderpardon'.

In het algemeen dient te worden opgemerkt dat in bepaalde gevallen de aanvraag niet zal worden afgewezen op grond van o.m. een gebrek aan voldoende bestaansmiddelen, bij gebrek aan verklaring van een referent, het niet voldoen aan een inburgeringsexamen of het niet voorleggen van een geldig binnenkomstdocument.

Tenslotte kan een vergunning omwille van niet-tijdelijke humanitaire gronden voorts worden verleend aan de vreemdeling op wie artikel 13 van Associatiebesluit nr. 1/80 van de Associatieraad EEG-Turkije betreffende de ontwikkeling van de Associatie van toepassing is, onder bepaalde voorwaarden.

Er wordt op gewezen dat de reguliere verblijfsvergunning omwille van niet-tijdelijke beschermingsgronden in de meeste gevallen ook ambtshalve kan worden verleend. De Nederlandse wetgever meent dat het in de praktijk zowel voor de IND als voor de vreemdeling efficiënt kan zijn om ook de verblijfsvergunning onder een beperking verband houdend met niet-tijdelijke humanitaire gronden ambtshalve te kunnen verlenen, bijvoorbeeld indien alle

daarvoor benodigde informatie reeds aanwezig is en er geen reden is om de vreemdeling opnieuw een aanvraag in te laten dienen.<sup>1938</sup>

*C. De discretionaire bevoegdheid en inherente afwijkingsbevoegdheid van de Minister*

795. Op grond van artikel 3.4, derde lid, Vb beschikt de Minister over een discretionaire bevoegdheid om in individuele gevallen wegens klemmende redenen van humanitaire aard ('schrijnende gevallen') tot verblijfsaanvaarding over te gaan. Deze bevoegdheid blijft bestaan. De Nederlandse wetgever acht deze bevoegdheid noodzakelijk om in ieder individueel geval, naargelang de feiten en omstandigheden van het geval en binnen de kaders van het internationaal recht, de juiste beslissing te kunnen nemen.<sup>1939</sup> Op basis van art. 3.4, derde lid, Vb kan de bevoegde Minister zijn discretionaire bevoegdheid gebruiken wanneer zeer speciale individuele omstandigheden van de vreemdeling aanleiding geven tot het oordeel dat er van een schrijnende situatie sprake is, terwijl op grond van het beleid de vreemdeling noch voor een asielvergunning, noch voor een reguliere vergunning in aanmerking komt, bv. omdat een uitsluitingsclausule van toepassing is.

Onder meer uitgesloten vluchtelingen kunnen in bepaalde gevallen beroep doen op deze discretionaire bevoegdheid. De Vreemdelingencirculaire bepaalt in punt C2/6.2.8 dat indien aan de vreemdeling op grond van artikel 1F Vluchtelingenverdrag geen verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd wordt verleend, maar tegelijkertijd aannemelijk is dat de vreemdeling bij terugkeer een reëel risico loopt op een behandeling zoals bedoeld in artikel 3 EVRM, de IND alle volgende omstandigheden m.b.t. de duurzaamheid en proportionaliteit onderzoekt. Eerst wordt nagegaan of artikel 3 EVRM zich duurzaam verzet tegen de uitzetting van de vreemdeling naar het land van herkomst; en, zo ja, of de gevolgen voor de vreemdeling van het blijvend onthouden van een verblijfsvergunning disproportioneel zijn, afgewogen tegen de belangen van de Staat om artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag te handhaven.

De term 'duurzaam' houdt in dat sprake moet zijn van alle volgende omstandigheden:

- de vreemdeling bevindt zich op het moment dat de beslissing wordt genomen al gedurende tien jaar zonder verblijfsvergunning in Nederland in de situatie dat de vreemdeling wegens schending van artikel 3 EVRM niet kan worden uitgezet, te rekenen vanaf de datum van de eerste aanvraag tot een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd;
- er is geen vooruitzicht op verandering binnen niet al te lange termijn, gerekend vanaf heden, in de situatie dat de vreemdeling niet kan worden uitgezet naar het land van herkomst vanwege een dreigende schending van artikel 3 EVRM;
- vertrek van de vreemdeling naar een ander land dan het land van herkomst is ondanks voldoende inspanningen om te voldoen aan een vertrekplicht van de vreemdeling niet mogelijk.

De IND neemt disproportionaliteit aan indien de vreemdeling aantoont dat hij zich in een uitzonderlijke situatie bevindt. Indien deze dubbele toets bevestigend wordt beantwoord, en de vreemdeling niet in aanmerking komt voor een verblijfsvergunning, nodigt de IND de vreemdeling uit om een verblijfsvergunning regulier aan te vragen. De IND wiligt deze aanvraag in op grond van artikel 3.4, derde lid, Vb. Het betreft in dat geval op grond van artikel 3.5, vierde lid, Vb een tijdelijk verblijfsrecht.

---

<sup>1938</sup> Besluit Modern Migratiebeleid, *Stb.* 2010, nr. 307, 112.

<sup>1939</sup> Besluit Modern Migratiebeleid, *Stb.* 2010, nr. 307, 147.

Het blijft tenslotte mogelijk voor de bevoegde Minister om op basis van algemeen artikel 4/84 van de Algemene wet bestuursrecht, af te wijken van de beleidsregels wanneer er bijzondere omstandigheden zijn en het handelen volgens de beleidsregels onevenredige gevolgen zou hebben, d.i. de zgn. inherente afwijkingsbevoegdheid.

*D. De beperkte ex nunc-toetsing en het automatisch schorsend beroep in asielzaken*

796. Van belang voor een goed begrip van het Nederlandse beschermingsbeleid, is de mogelijkheid voor Nederlandse rechtbanken tot een beperkte *ex nunc*-toetsing, zoals deze in artikel 83 Vw 2000 werd geïntroduceerd voor wat betreft het beroep tegen een afwijzende beschikking op de asielaanvraag. een *ex nunc*-toetsing wordt verantwoord omdat er samenhang is met het non-refoulementverbod. De *ex nunc*-beoordeling is in asielzaken in principe op dwingende wijze voorgeschreven en luidt:

*“De rechtbank houdt bij de beoordeling van het beroep rekening met:*

- a. feiten en omstandigheden die na het bestreden besluit zijn aangevoerd, en*
- b. wijzigingen van beleid die na het bestreden besluit zijn bekendgemaakt.”*

Bij de *ex nunc*-toetsing mag de rechter geen nieuwe feiten en omstandigheden betrekken die zouden kunnen leiden tot een toelating op reguliere gronden. Dit is de zgn. ‘relevantie-eis’, waarbij met de gegevens slechts rekening wordt gehouden indien deze relevant kunnen zijn voor de beschikking omtrent de verblijfsvergunning asiel, of omtrent de ambtshalve verlening van een vergunning zoals bedoeld in artikel 14, dan wel het achterwege laten van de uitzetting op grond van artikel 64 Vw 2000. Is een asielzoeker ondertussen bijvoorbeeld met een Nederlander getrouwd, dan kan de rechtbank dit feit niet in haar beoordeling betrekken, maar zal de vreemdeling een aanvraag voor een gezinshereniging op reguliere gronden moeten indienen. In reguliere zaken blijft de beoordeling evenwel *ex tunc* omdat er daar geen samenhang is met refoulementverboden.

Door de hierboven besproken ambtshalve toets komen sommige niet-asielgerelateerde beschermingsgronden niet alleen tijdens de asielprocedure al aan de orde, maar ook tijdens het beroep en dit op basis van een *ex nunc*-toetsing. Ook deze mogelijkheid werd ingebouwd in de Vreemdelingenwet vanuit een bezorgdheid om het doorprocederen tegen te gaan, de efficiëntie te verhogen alsook de nodige bescherming te bieden. Indien een vreemdeling zich beroept op nieuwe feiten of omstandigheden maar deze niet aanstonds aannemelijk maakt, stelt de rechtbank hem zo nodig in de gelegenheid om deze feiten of omstandigheden binnen een door de rechtbank te bepalen termijn alsnog aannemelijk te maken, tenzij de goede procesorde zich daartegen verzet of de afdoening van de zaak daardoor ontoelaatbaar wordt vertraagd.

Voorts voorziet artikel 83 Vw 2000 in een bestuurlijke lus. De minister moet eerst zelf een oordeel geven over de nieuwe feiten of omstandigheden alvorens de rechter dat doet. De Minister moet de rechtbank zo spoedig mogelijk schriftelijk laten weten of de gegevens, bedoeld in het eerste lid, aanleiding geven tot een handhaving, wijziging of intrekking van het bestreden besluit. De rechtbank kan daarvoor een termijn stellen. Reageert de minister niet op het verzoek van de rechtbank, dan kan de rechtbank daaruit de gevolgtrekking maken die haar geraden voorkomt. Deze *ex nunc*-toetsing voorzien in artikel 83 Vw 2000 is beperkt tot de beroepsfase bij de rechtbank en geldt niet in hoger beroep.

Artikel 82 Vw 2000 voorziet dat het beroep in asielzaken standaard een schorsende werking heeft, wat betekent dat de vreemdeling gedurende de periode dat zijn beroep aanhangig is, rechtmatig in Nederland verblijft. Hierop zijn uitzonderingen voorzien, bv. wanneer het een beroep betreft i.v.m. een beslissing die betrekking heeft tot een herhaalde asielaanvraag.

### **§ 3. Het Verenigd Koninkrijk**

797. Van belang om te begrijpen waarom het Verenigd Koninkrijk nationale bijkomende beschermingsgronden hanteert, is de aanneming van de zgn. ‘*Human Rights Act*’ in 1998. Het doel van deze Human Rights Act is om verder gevolg te geven (*‘to give further effect’*) aan het EVRM in de wetgeving van het Verenigd Koninkrijk. Deze Human Rights Act heeft eerder betrekking op de interpretatie van het EVRM dan op de incorporatie ervan.

Voor de Human Human Rights Act in werking trad op 2 oktober 2000, kon een individu dat een schending van een EVRM-bepaling wenste aan te klagen, dit enkel doen door een zaak aanhangig te maken bij het EHRM, wat een langdurig en kostelijk proces is. Het parlement van het Verenigd Koninkrijk oordeelde dat dat niet aanvaardbaar was en dat het belang van het waarborgen van de mensenrechten betekende dat de naleving van de rechten en vrijheden van het EVRM bij rechtbanken in het Verenigd Koninkrijk (hierna: VK) moest kunnen worden afgedwongen.

798. De VK-rechtbanken zijn nu verplicht, onder sectie 2, wanneer in de behandeling van een zaak een vraag rijst m.b.t. een EVRM-bepaling, om bij de beantwoording van deze vraag rekening te houden (*‘taking in to account’*) met elke beslissing, elk arrest of elke mening van het EHRM die relevant wordt geacht. Er is daardoor voor individuen geen noodzaak meer om rechtstreeks naar het EHRM te gaan, hoewel zij hun recht behouden om een zaak aanhangig te maken bij het EHRM.

In zoverre dat dit mogelijk is, dienen de rechtbanken de VK-wetgeving zo te interpreteren en toe te passen dat het verenigbaar is met de EVRM-rechten en -vrijheden (zie sectie 3 *“So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights”*). Door deze interpretatieplicht, is de rechtspraak van de hogere VK-rechtbanken, zoals ontwikkeld door de House of Lords of het Court of Appeal, m.b.t. de interpretatie van het EVRM bindend voor lagere rechtbanken.<sup>1940</sup>

Sectie 4 maakt mogelijk dat rechtbanken kunnen verklaren dat een bepaalde wet onverenigbaar is met de EVRM-rechten en -vrijheden. De rechtbank moet dan nog steeds de betrokken wet toepassen in het individueel geval, maar op basis van deze verklaring kan de VK-overheid op versnelde wijze wetgeving aannemen die de betrokken wet wijzigt.

799. Belangrijk is sectie 6 van de Human Rights Act. Hierin wordt bepaald dat het onwettelijk is voor elk overheidsorgaan, inclusief de rechtbanken en met inbegrip van elke persoon wiens functie van een publieke aard is, om te handelen op een wijze die onverenigbaar is met het EVRM, tenzij de voorziene primaire wetgeving aangenomen door het Parlement waarop de handeling is gebaseerd geen andere keuze laat. Dit houdt in dat wanneer een discretionaire bevoegdheid wordt uitgeoefend, de EVRM-rechten en -vrijheden in rekening moet worden gebracht en dat, indien de primaire wetgeving het toelaat, men beslissingen moet vermijden die deze EVRM-rechten en -vrijheden schenden.

800. De VK-regelgeving inzake asiel en immigratie is zeer complex, maar de Immigration Act van 1971 vormt de kaderwetgeving in de VK-asiel- en immigratieregelgeving. Het is geen gedetailleerde wetgeving en laat toe dat door de bevoegde staatssecretaris regels worden aangenomen m.b.t. de praktijk die moet worden gevolgd door de betrokken administraties in de toepassing van de immigratiewetten (*‘Immigration Acts’*), die de binnenkomst en het verblijf van vreemdelingen in het Verenigd Koninkrijk regelen. Deze regels worden de zgn.

---

<sup>1940</sup> G. CLAYTON, *Textbook on Immigration and Asylum Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 98 e.v.

‘*Immigration Rules*’ genoemd. Deze Immigration Rules zijn bindend voor de bevoegde migratie-ambtenaren, maar niet voor de staatssecretaris die in de uitoefening van zijn discretionaire bevoegdheid, in de passende omstandigheden, mag afwijken van de Immigration Rules, bijvoorbeeld om een verblijf toe te kennen dat in beginsel onder de Immigration Rules zou worden geweigerd.<sup>1941</sup>

De Immigration Rules worden opgesteld in uitoefening van de discretionaire bevoegdheid van de bevoegde staatssecretaris. Zowel de Immigration Rules als de daaruit volgende individuele asiel- en immigratiebeslissingen worden beschouwd als handelingen van overheidsorganen waarvan onder sectie 2 van de Human Rights Act wordt vereist dat ze verenigbaar zijn met de EVRM-rechten en -vrijheden. In het toepassen van de Immigration Rules en het uitoefenen van zijn bevoegdheden dienen de bevoegde staatssecretaris en immigratie-ambtenaren de EVRM-rechten en -vrijheden te eerbiedigen, ongeacht of de Immigration Rules al dan niet naar deze EVRM-rechten en -vrijheden verwijzen.<sup>1942</sup>

801. Voorts moet nog worden vermeld dat de bevoegde administratie, dit is de United Kingdom Border Agency (hierna: UKBA), interne richtsnoeren (*‘guidance’*) hanteert ten behoeve van de immigratie-ambtenaren. Deze richtsnoeren worden veelal omschreven als instructies m.b.t. de toepassing van de Immigration Rules.<sup>1943</sup> Daarnaast beschikt de staatssecretaris over een ruime discretionaire bevoegdheid buiten de Immigration Rules, waardoor er informele praktijken kunnen ontstaan om te waarborgen dat vergelijkbare zaken gelijk worden behandeld. Ook deze informele praktijken kunnen in richtsnoeren voor de immigratie-ambtenaren worden vertaald.<sup>1944</sup> De richtsnoeren worden aan het publiek bekendgemaakt via de website van de UKBA.<sup>1945</sup> Hoewel deze richtsnoeren niet bindend zijn, mag een vreemdeling erop vertrouwen dat hij wordt behandeld in overeenstemming met het beleid dat in deze richtsnoeren wordt neergelegd. Op basis van het vertrouwensbeginsel kan een beslissing die niet op passende wijze rekening houdt met het beleid en de richtsnoeren als onredelijk worden beschouwd en vernietigd, zelfs indien de vreemdeling niet op de hoogte was van de relevante richtsnoeren die desgevallend van toepassing zijn.<sup>1946</sup> Het VK-Hoogerechtshof veroordeelde recent nog het gebruik van interne richtsnoeren door de UKBA, wanneer deze informatie bevatten over voorwaarden die, indien ze niet worden vervuld, leiden tot de afwijzing van een aanvraag. Deze richtsnoeren hebben immers de aard van een regel m.b.t. de praktijk die moet worden gevolgd door de betrokken administraties in de toepassing van de Immigration Act van 1971. Ze dienen dan ook volgens artikel 3.2 van de Immigration Act aan het Parlement te worden voorgelegd. Het Hof verwierp aldus het betoog van de staatssecretaris dat het hem vrij stond om de immigratie te controleren op een wijze die niet wordt voorzien door de Immigration Rules.<sup>1947</sup> Dit heeft tot gevolg dat geleidelijk aan de interne richtsnoeren van de UKBA worden geïncorporeerd in de Immigration Rules.

802. Tenslotte vereist sectie 55 van de “*Border, Citizenship and Immigration Act*” van 2009 dat de UKBA, als onderdeel van het VK-Home Office, zijn bevoegdheden uitoefent op een wijze die rekening houdt met de nood om het welzijn van kinderen in het Verenigd Koninkrijk te waarborgen en te bevorderen. Dit houdt in dat asiel- of verblijfsaanvragen die betrekking hebben op kinderen op een spoedige en gevoelige wijze moeten worden behandeld. Volgens

<sup>1941</sup> K. BROWNE, *Immigration Law 2013*, Guildford, College of Law Publishing, 2013, 2.

<sup>1942</sup> K. BROWNE, *Immigration Law 2013*, Guildford, College of Law Publishing, 2013, 2; G. CLAYTON, *Textbook on Immigration and Asylum Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, 98.

<sup>1943</sup> G. CLAYTON, *Textbook on Immigration and Asylum Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 33-35.

<sup>1944</sup> K. BROWNE, *Immigration Law 2013*, Guildford, College of Law Publishing, 2013, 2.

<sup>1945</sup> Zie <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/policyandlaw/guidance/>.

<sup>1946</sup> K. BROWNE, *Immigration Law 2013*, Guildford, College of Law Publishing, 2013, 2; CLAYTON, *Textbook on Immigration and Asylum Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 34. Zie *R v SSHD ex parte Asif Mahmood Khan* [1984] 1 WLR 1337; *R. v SSHD ex p Amankwah* [1994] Imm AR 240 en *R. v SSHD* [2005] EWCA Civ 744.

<sup>1947</sup> *R. (Alvi) v Secretary of State for the Home Department* [2012] UKSC 33.



het VK-Hoogerechtshof moet het belang van het kind een primaire overweging zijn (maar niet noodzakelijkerwijze de enige overweging) wanneer beslissingen worden genomen die kinderen aangaan, ongeacht of het kind het directe voorwerp is van die beslissing dan wel een ouder of voogd van het betrokken kind. Het Home Office voert daartoe een beleid onder de titel “*Every Child Matters – Change for Children*”.<sup>1948</sup>

803. Door de Asylum and Immigration Act van 2004 werd een zgn. ‘one-stop system’ ingesteld dat het hele proces van de indiening van een aanvraag van de beroepsprocedure tot een eventuele verwijdering dekt. Technisch gezien kan een vreemdeling maar één aanvraag per keer indienen en in behandeling hebben. Alles wat een vreemdeling zegt ter toevoeging of wijziging van zijn oorspronkelijke aanvraag, wordt beschouwd als een wijziging of aanvulling van de aanvraag. Hoeveel keer de aanvraag ook wordt gewijzigd, deze aanvraag zal leiden tot één enkele beslissing, waarbij alle relevante elementen in overweging worden genomen, en één beroep.

Op elk moment na het indienen van een aanvraag kan de UKBA een zgn. schriftelijke ‘one-stop notice’ voorleggen aan de vreemdeling. Dit document vereist dat de vreemdeling schriftelijk alle redenen opsomt, buiten de redenen die reeds werden aangehaald in zijn aanvraag, waarom hij in het Verenigd Koninkrijk wil blijven.

Een dergelijke ‘one-stop notice’ kan dus worden voorgelegd na een aanvraag, en zal bijna altijd worden voorgelegd nadat een beslissing over de aanvraag werd genomen. Een ‘one-stop notice’ kan ook worden voorgelegd aan iemand die nooit een aanvraag heeft ingediend maar ten aanzien van wie een verwijderingsmaatregel wordt voorgesteld.<sup>1949</sup>

804. In overeenstemming de Immigration (Notices) Regulations van 2003, dient de immigratie-ambtenaar een vreemdeling schriftelijk in kennis te stellen van elke beslissing die vatbaar is voor beroep, zoals o.m. een weigering van verblijf of een verwijderingsmaatregel. Deze kennisgeving dient het land te vermelden waarnaar wordt voorgesteld dat de vreemdeling verwijderd wordt. Deze kennisgeving kan, volgens sectie 120 van de Immigration (Notices) Regulations, gepaard gaan met een vraag van de immigratie-ambtenaar om hem schriftelijk in te lichten over:

- de redenen van de vreemdeling om in het Verenigd Koninkrijk te blijven;
- elke grond waarop de vreemdeling meent dat hij zou moeten worden toegelaten om te verblijven in het Verenigd Koninkrijk; of
- elke grond waarop de vreemdeling meent dat hij niet zou mogen worden verwijderd of van hem niet zou mogen worden gevraagd om het land te verlaten.

Door deze zgn. ‘one-stop notice’ wordt de vreemdeling in de mogelijkheid gesteld om een eventuele ‘human rights claim’ naar voren te brengen die in beroep nader zal moeten worden onderzocht. Indien een vreemdeling verzaakt om (volledig) te antwoorden op deze one-stop notice, dan kan worden beslist dat de vreemdeling eventuele gronden, zoals een ‘human rights claim’, niet op een later tijdstip mag aanvoeren. Het gebruik van deze one stop notice heeft tot doel te vermijden dat vreemdelingen hun verblijf in het Verenigd Koninkrijk verlengen door achtereenvolgens verschillende verblijfsaanvragen en beroepsprocedures in te

---

<sup>1948</sup> Zie <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/policyandlaw/legislation/bci-act1/change-for-children.pdf?view=Binary>.

<sup>1949</sup> Zie hierover de UKBA-richtsnoeren “Enforcement Instructions and Guidance: Chapter 20”, <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/policyandlaw/enforcement/oemsectiond/Appeals?view=Binary>.

stellen alsook alle eventuele resterende gronden op basis waarvan een verblijf kan worden bekomen te onderzoeken.<sup>1950</sup>

805. Wegens het gebruik van dit *'one-stop system'*, kan er niet worden gesproken van een uitgesproken onderscheid tussen het VK-asielbeleid, enerzijds, en het VK-migratie- en terugkeerbeleid, anderzijds. Zoals uiteengezet, kan een vreemdeling het voorwerp van zijn aanvraag tijdens de behandeling ervan wijzigen en kan hij, na het nemen van een beslissing over zijn aanvraag, elementen naar voren brengen die geen verband houden met de oorspronkelijk voorgelegde elementen. Er lijkt dus sprake te zijn van één procedure en één beroep waarin verschillende beschermingsgronden naar voren kunnen worden gebracht. Niettemin blijkt uit nader onderzoek dat bepaalde beschermingsgronden enkel kunnen worden onderzocht in het kader van een ingediende asielaanvraag en niet in het kader van een andere verblijfsaanvraag. Voorts blijkt ook dat niet alle beschermingsgronden ambtshalve worden onderzocht, maar voor sommige beschermingsstatuten een aanvraag moet worden ingediend.

Er wordt benadrukt dat in dit onderdeel niet wordt gestreefd naar een exhaustieve bespreking, maar dat enkel de grote lijnen uiteengezet zullen worden.

#### A. De beschermingsgronden in het VK-asielbeleid

806. Asielaanvragen worden door de UKBA behandeld als impliciete aanvragen voor subsidiaire bescherming en/of *'discretionary leave'* en/of *'limited leave to remain'* en/of *'restricted leave'*. Dit wil zeggen dat indien de vluchtelingenstatus wordt geweigerd, er moet worden nagegaan of de betrokken vreemdeling in aanmerking komt voor een subsidiaire beschermingsstatus. Indien dit niet het geval is, dan moet worden onderzocht of de omstandigheden m.b.t. de terugkeer van de asielzoeker naar zijn land van herkomst aanleiding kan geven tot het verlenen van een *'discretionary leave'*, of *'limited leave to remain'* of *'restricted leave'*.<sup>1951</sup> Er geldt tijdens de asielprocedure dus een ambtshalve onderzoek naar bijkomende beschermingsgronden buiten het VN-Vluchtelingenverdrag. Een zgn. *'human rights claim'* kan immers zowel uitdrukkelijk als impliciet tijdens de gehele asielprocedure naar voren worden gebracht en het komt aan de bevoegde immigratie-ambtenaar toe om deze te identificeren en te onderzoeken.<sup>1952</sup>

Net zoals België en Nederland heeft het Verenigd Koninkrijk de drie EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten inzake asiel, in het bijzonder de tijdelijke bescherming, de vluchtelingenstatus en de subsidiaire bescherming, in zijn regelgeving geïmplementeerd.

807. De erkenning van de vluchtelingenstatus wordt beoordeeld in het licht van het VN-Vluchtelingenverdrag en de Kwalificatierichtlijn 2004. Overeenkomstig artikel 3 van het Protocol betreffende de positie van het Verenigd Koninkrijk en Ierland, gehecht aan het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, heeft het Verenigd Koninkrijk bij brief van 28 januari 2002 immers zijn wens te kennen gegeven om deel te nemen aan de aanneming en toepassing van de

---

<sup>1950</sup> Zie K. BROWNE, *Immigration Law 2013*, Guildford, College of Law Publishing, 2013, 237-238.

<sup>1951</sup> K. BROWNE, *Immigration Law 2013*, Guildford, College of Law Publishing, 2013, 211.

<sup>1952</sup> Zie UKBA-richtsnoeren m.b.t. "Considering human rights claims": <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/policyandlaw/asylumprocessguidance/consideringanddecidingtheclaim/guidance/consideringhrclaims.pdf?view=Binary>.

Kwalificatierichtlijn 2004.<sup>1953</sup> De Kwalificatierichtlijn 2004 werd geïmplementeerd door “*The refugee or Person in Need of International Protection (Qualification) Regulations 2006*” (SI 2006/2525), waarin de criteria inzake de vluchtelingenstatus ook zijn terug te vinden.

De subsidiaire beschermingsstatus wordt in het Verenigd Koninkrijk ‘*humanitarian protection*’ genoemd. De criteria zijn die van de Kwalificatierichtlijn 2004 en ze worden vermeld in Deel 11, met name paragraaf 339C van de Immigration Rules.

Het Verenigd Koninkrijk heeft evenwel overeenkomstig de artikelen 1 en 2 en artikel 4bis, lid 1, van Protocol nr. 21 betreffende de positie van het Verenigd Koninkrijk en Ierland ten aanzien van de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, gehecht aan het VEU en het VWEU, en onverminderd artikel 4 van dat protocol, te kennen gegeven niet deel te nemen aan de vaststelling van de Kwalificatierichtlijn 2011, die daardoor niet bindend is voor, noch van toepassing is in deze lidstaat.<sup>1954</sup>

De vluchtelingenstatus en de subsidiaire beschermingsstatus geven aanleiding tot een ‘*leave to remain*’, d.i. een verblijfsvergunning die geldig is gedurende vijf jaar. De vreemdeling blijft wel onder ‘*active review*’ van de UKBA die o.m. kan nagaan of de omstandigheden in het land van herkomst gewijzigd zijn dan wel of de vreemdeling fraude of misdrijven heeft gepleegd. Daarna kan een aanvraag worden ingediend voor een ‘*settlement*’, d.i. een verblijfsvergunning van onbepaalde duur.

808. Naast de vluchtelingenstatus of subsidiaire beschermingsstatus, kan een asielzoeker dus residuair in aanmerking komen voor een zgn. ‘*discretionary leave to remain*’. Tenslotte kunnen asielzoekers die uitgesloten worden van de vluchtelingenstatus en de subsidiaire beschermingsstatus in aanmerking komen voor een zgn. ‘*restricted leave*’. Deze discretionaire en tijdelijke verblijfsvergunningen worden in beginsel verleend ‘*outside the immigration rules*’. Dit wil zeggen dat ze niet mogen worden verleend aan een vreemdeling die voldoet aan de voorwaarden voor de vluchtelingenstatus, subsidiaire beschermingsstatus of een andere verblijfsstatus onder de Immigration Rules.

Recent werden een aantal vroegere beleidscriteria voor ‘*discretionary leave*’ geïncorporeerd in de Immigration Rules. De Immigration Rules bevatten nu criteria voor een ‘*limited leave to remain*’ dat kan worden verleend aan niet-begeleide minderjarige asielzoekers. Wanneer een asielaanvraag of ‘*human rights claim*’ elementen bevat die verband houden met artikel 8 EVRM dan zullen deze elementen worden onderzocht op basis van de relevante bepalingen uit de Immigration Rules en eveneens aanleiding kunnen geven tot een ‘*limited leave to remain*’.

---

<sup>1953</sup> Preambule overweging nr. 38 Richtl.Raad 2004/83/EG, 29 april 2004 inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchteling of als persoon die anderszins internationale bescherming behoeft, en de inhoud van de verleende bescherming, *Pb.L.* 30 september 2004, afl. 304.

<sup>1954</sup> Preambule overweging nr. 50 Richtl.Parl; en Raad 2011/95/EU, 13 december 2011 inzake normen voor de erkenning van onderdanen van derdelanden of staatlozen als personen die internationale bescherming genieten, voor een uniforme status voor vluchtelingen of voor personen die in aanmerking komen voor subsidiaire bescherming, en voor de inhoud van de verleende bescherming, *Pb.L.* 20 december 2011, afl. 337.

a.) Discretionary leave

809. ‘*Discretionary leave*’ wordt in principe verleend op basis van een interne ‘*Asylum Policy Instruction*’, die werd opgesteld voor de immigratie-ambtenaren.<sup>1955</sup> Deze instructie verduidelijkt dat *discretionary leave* buiten de Immigration Rules om, enkel mag worden verleend indien een individueel geval valt binnen de beperkte categorieën opgesomd in de instructie. Het is de bedoeling dat spaarzaam wordt omgegaan met het verlenen van *discretionary leave*. Een asielzoeker kan in aanmerking komen voor deze vorm van *discretionary leave* omwille van medische gronden; wanneer een terugkeer naar het land van herkomst zou leiden tot een flagrante schending van een EVRM-bepaling; wanneer de vreemdeling een slachtoffer van mensenhandel is of in andere omstandigheden.

810. Voor de duur van de verleende *discretionary leave* wordt in principe rekening gehouden met de individuele omstandigheden van een geval, maar in beginsel zal dit worden verleend voor een eerste periode van niet meer dan 30 maanden (d.i. 2,5 maanden). De *discretionary leave* kan worden verlengd indien de vreemdeling blijft voldoen aan de hierna gestelde criteria. Pas na minimum 120 maanden (d.i. 10 jaar) verblijf op basis van *discretionary leave*, kan een vreemdeling in aanmerking komen voor *settlement*.

Indien uit de individuele omstandigheden blijkt dat de gronden die aanleiding kunnen geven tot *discretionary leave* eerder tijdelijk zijn, kan een *discretionary leave* worden verleend voor een korte periode. Wanneer blijkt dat een terugkeer naar het land van herkomst mogelijk is binnen de zes maanden, dan kan *discretionary leave* worden geweigerd, ook al zijn er uitzettingsbeletselen. Elke gedwongen verwijdering wordt dan uitgesteld tot wanneer de verwijdering mogelijk wordt.

811. Er zijn omstandigheden mogelijk waar een *discretionary leave* wordt verleend voor een langere periode dan 30 maanden, met name omwille van uitzonderlijke of prangende redenen of omwille van het belang van de betrokken kinderen. Dit laatste is het gevolg van de uitspraak van het VK-High Court dat zich boog over de situatie van vijf kinderen tussen de leeftijd van 6 en 10 jaar waarvan aan de moeders *discretionary leave* was verleend. De UKBA achtte het verlenen van een verblijfsvergunning van onbepaalde duur i.p.v. een tijdelijke verblijfsvergunning niet passend. De kinderen betoogden dat hun toekomst daardoor onzeker werd en hun persoonlijke ontwikkeling werd afgeremd. Het High Court oordeelde dat het beleid van de UKBA inzake het verlenen van *discretionary leave* onwettelijk was omdat er geen onderscheid werd gemaakt tussen kinderen en volwassenen. Het beleid inzake *discretionary leave* schond sectie 55 van de Border, Citizenship and Immigration Act van 2009, die de verplichting inhoudt om het welzijn van kinderen te waarborgen en te bevorderen wanneer beslissingen worden genomen die hen aanbelangen. Volgens het High Court: “*It effectively precludes case specific consideration of the welfare of the child concerned in making the discretionary decision whether to grant limited discretionary leave or indefinite leave to remain.*” De beslissingen hielden geen rekening met het gegeven dat de vereiste toekomstige aanvragen tot verlenging aanleiding zullen geven tot angst. Daarenboven leidt de verlening van *discretionary leave* ertoe dat de scholing van de kinderen en hun toegang tot gezondheidszorg wordt bemoeilijkt dan wel niet verhinderd.<sup>1956</sup> De UKBA-instructie betreffende *discretionary leave* voorziet tegenwoordig dan ook dat bij het bepalen van de periode van het verleend verblijf, rekening moet worden gehouden met de belangen van de kinderen en het reikt een aantal concrete factoren aan die in overweging dienen te

---

<sup>1955</sup> Zie UKBA-richtsnoeren m.b.t. “Discretionary Leave”: <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/policyandlaw/asylumpolicyinstructions/apis/discretionaryleave.pdf?view=Binary>.

<sup>1956</sup> *S.M. and Others v. SSHD* [2013] EWHC 1114 (Admin).

worden genomen. Ook hier blijft de vreemdeling tijdens het verleende tijdelijk verblijf onder de ‘active review’ van de UKBA.

### i) Medische gronden

812. Waar wordt betoogd dat een verwijdering een schending inhoudt van artikel 3 EVRM wegens medische gronden, komt de vreemdeling niet in aanmerking voor subsidiaire bescherming. De UKBA verwijst hiervoor naar de EHRM-rechtspraak die stelt dat “*in such cases the alleged future harm would emanate not from the intentional acts or omissions of public authorities or non-State bodies, but instead from a naturally occurring illness and the lack of sufficient resources to deal with it in the receiving country.*”<sup>1957</sup>

De beoordeling of er de gelegenheid is om *discretionary leave* te verlenen omwille van medische gronden gebeurt in het licht van de hoge drempel die door de rechtspraak van het EHRM wordt gehanteerd. Het algemeen beginsel is dat een vreemdeling zich niet tegen terugkeer kan verzetten omdat hij medische, sociale of een andere vorm van bijstand nodig heeft die in het Verenigd Koninkrijk wordt verleend. De verbetering of stabilisatie van de gezondheidstoestand van een vreemdeling als gevolg van de behandeling in het Verenigd Koninkrijk en het vooruitzicht van een ernstige of fatale achteruitgang van de gezondheidstoestand bij verwijdering, zijn op zichzelf geen voldoende elementen om te besluiten dat verwijdering een onmenselijke behandeling is in strijd met artikel 3 EVRM. De House of Lords oordeelde dat de hoge drempel voorzien door artikel 3 EVRM betrekking heeft op de vraag “*whether the applicant’s illness has reached such a critical stage (i.e. he is dying) that it would be inhuman treatment to deprive him of the care which he is currently receiving and send him home to an early death unless there is care available there to enable him to meet that fate with dignity.*”<sup>1958</sup> De UKBA-richtsnoeren hanteren deze rechtspraak als beleidsregel en verwijzen naar uitzonderlijke omstandigheden waarin er sprake is van klemmende humanitaire overwegingen, zoals de situatie waarin een vreemdeling zich in het finale stadium bevindt van een fatale ziekte zonder medische zorgen of familiale bijstand in het land van herkomst.<sup>1959</sup>

Artikel 8 EVRM kan ook in dit kader worden opgeworpen, met name wanneer wordt betoogd dat een terugkeer naar het land van herkomst een flagrante schending betekent van het recht op eerbiediging van het privéleven van een persoon, met name zijn fysieke of morele integriteit. De House of Lords stelde evenwel vast dat: “*it is not easy to think of a foreign health care case which would fail under Article 3 but succeed under Article 8.*”<sup>1960</sup>

### ii) Andere situaties waar terugkeer kan leiden tot een schending van het EVRM

813. Volgens de richtsnoeren van de UKBA kan *discretionary leave* worden verleend wanneer een schending van het EVRM geen aanleiding geeft tot subsidiaire bescherming maar waar terugkeer niettemin zal leiden tot een flagrante schending van een EVRM-bepaling in het land van herkomst. Volgens de House of Lords is er sprake van een flagrante schending “*where the right will be completely denied or nullified in the destination country.*” Er wordt een hoge

---

<sup>1957</sup> Zie de UKBA-richtsnoeren inzake “Humanitarian Protection”: <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/policyandlaw/asylumprocessguidance/consideringanddecidingtheclaim/guidance/huma-prot.pdf?view=Binary>.

<sup>1958</sup> *N. (F.C.) v. SSHD* [2005] UKHL 31. Deze beslissing van de House of Lords werd bevestigd door het EHRM 27 mei 2008, nr. 26565/05, *N. v. Verenigd Koninkrijk*.

<sup>1959</sup> Zie <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/policyandlaw/modernised/cross-cut/human-rights/human-rights.pdf?view=Binary>. Zie voor een verdere bespreking van de VK-rechtspraak inzake medische gronden en artikel 3 EVRM: G. CLAYTON, *Textbook on Immigration and Asylum Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 111-114.

<sup>1960</sup> *Razgar v. SSHD* [2004] UKHL 27.

drempel gehanteerd, wat betekent dat het noodzakelijk is “*at least a real risk of a flagrant violation of the very essence of the right*” vast te stellen.<sup>1961</sup> Er moet dus een reëel risico zijn dat de omstandigheden in het land van herkomst zo zijn dat het onmogelijk wordt enig betekenisvol aspect van een EVRM-recht uit te oefenen. Hiervan zal enkel sprake zijn in uitzonderlijke omstandigheden. De UKBA benadrukt dat het zelden zal voorvallen dat een terugkeer leidt tot een flagrante schending van een EVRM-bepaling zonder eveneens te leiden tot een schending van artikel 3 EVRM.

Voorts moet melding worden gemaakt van specifieke situaties die aanleiding kunnen geven tot de vaststelling van een schending van artikel 3 EVRM. De UKBA vraagt bijzondere aandacht voor situaties waarin er sprake is:

- van een zelfmoordrisico. Dit risico moet worden opgevolgd wanneer een vreemdeling wordt ingelicht over zijn verwijderingsbeslissing, tijdens de verwijdering zelf en na aankomst in het land van herkomst. Er moet een causaal verband zijn tussen de verwijderingsmaatregel en het zelfmoordrisico en de vrees van de vreemdeling voor een onmenselijke behandeling moet gebaseerd zijn op objectieve gronden. De drempel voor het vaststellen van een schending ligt hoger wanneer het zelfmoordrisico voortvloeit uit een ziekte. Voorts moet worden nagegaan of er effectieve mechanismen bestaan in het Verenigd Koninkrijk en in het land van herkomst om het risico op zelfmoord te beperken.<sup>1962</sup>
- van ernstige detentie-omstandigheden of van ernstige humanitaire omstandigheden, met name wanneer de algemene omstandigheden in een gevangenis, bijvoorbeeld wat betreft hygiëne, slaaptekort, overbevolking, of in een land, bijvoorbeeld wat betreft het gebrek aan water, voedsel of huisvesting, zo prangend zijn dat de verwijdering op zich, in uitzonderlijke omstandigheden, een onmenselijke behandeling vormt in strijd met artikel 3 EVRM.

### iii) Slachtoffers van mensenhandel

814. Volgens de richtsnoeren van de UKBA dient een verlening van *discretionary leave* te worden overwogen wanneer een vreemdeling door een bevoegde overheid wordt geïdentificeerd als een slachtoffer van mensenhandel in de zin van artikel 4 van het Verdrag van de Raad van Europa inzake de bestrijding van mensenhandel en de individuele omstandigheden van de betrokken vreemdeling zo klemmend zijn dat het passend wordt geacht om een *discretionary leave* te verlenen. Deze duur van het verleende verblijf hangt af van de individuele omstandigheden maar mag niet minder bedragen dan 12 maanden en en dag en niet meer dan 30 maanden.

*Discretionary leave* dient eveneens te worden overwogen wanneer het slachtoffer een klacht heeft neergelegd tegen de mensenhandelaar en het toekennen van een verblijf het slachtoffer kan helpen om genoegdoening te bekomen en ertoe kan leiden dat de mensenhandelaar het hoofd dient te bieden aan de gevolgen van zijn handelingen. Het feit dat een slachtoffer genoegdoening zoekt is relevant voor de beoordeling maar kan op zich niet leiden tot toekenning van een verblijf. Verblijf kan enkel worden toegekend wanneer het onredelijk zou zijn voor het slachtoffer om zijn klacht voort te zetten vanuit het buitenland. Indien een

---

<sup>1961</sup> Zie *Ullah v. Secretary of State for the Home Dept* [2004] UKHL 26, paras. 24-25 (Lord Bingham), 49-50 (Lord Steyn), 67 (Lord Carswell).

<sup>1962</sup> Dit zijn de basisbeginselen zoals die volgen uit het oordeel van het VK-Hof van Beroep in de zaak *J. v. SSHD* [2005] EWCA Civ 629, en die door de UKBA werd neergelegd in de UKBA-richtsnoeren “Considering Human Rights Claims”.

slachtoffer samenwerkt in het kader van een gerechtelijk onderzoek en zijn aanwezigheid nodig wordt geacht voor dit gerechtelijk onderzoek, dan kan het passend zijn om een verblijf toe te kennen voor een periode van 12 maanden en een dag.

Met betrekking tot Richtlijn 2004/81/EG van de Raad van 29 april 2004 betreffende de verblijfstitel die in ruil voor samenwerking met de bevoegde autoriteiten wordt afgegeven aan onderdanen van derde landen die het slachtoffer zijn van mensenhandel of hulp hebben gekregen bij illegale immigratie, moet worden vastgesteld dat overeenkomstig de artikelen 1 en 2 van het Protocol betreffende de positie van het Verenigd Koninkrijk en Ierland, gehecht aan het Verdrag betreffende de Europese Unie en aan het Verdrag betreffende de oprichting van de Europese Gemeenschap, en onverminderd artikel 4 van genoemd protocol, het Verenigd Koninkrijk niet deelneemt aan de aanneming van de onderhavige richtlijn. De bepalingen van de richtlijn zijn daarom niet bindend voor, noch van toepassing in het Verenigd Koninkrijk.<sup>1963</sup>

#### iv) Andere situaties

815. Het is steeds mogelijk om in zgn. ‘*compelling situations*’, d.i. klemmende of prangende omstandigheden, *discretionary leave* te verlenen. Dit kan plaatsvinden wanneer individuele omstandigheden, die niet voldoen aan de criteria die hierboven werden uiteengezet, zo klemmend of prangend zijn dat het passend wordt geacht om een verblijf toe te kennen. De richtsnoeren van de UKBA verduidelijken dat het niet mogelijk is om aanwijzingen te geven of voorbeelden te geven van situaties die als ‘bijzondere prangende omstandigheden’ kunnen worden gedefinieerd. Wel wordt deze mogelijkheid zelden toegepast: “*However, grants of such LOTR should be rare, and only for genuinely compassionate and circumstantial reasons, or where it is deemed absolutely necessary to allow someone to enter/remain in the UK, when there is no other available option.*”<sup>1964</sup>

#### v) Uitzonderlijke omstandigheden

816. Wanneer beroepsprocedures werden uitgeput maar een individuele zaak nog steeds onder ‘*review*’ is van een immigratie-ambtenaar of wanneer nieuwe elementen (*‘further submissions’*) worden voorgelegd die al dan niet aanleiding kunnen geven tot een zgn. ‘*fresh claim*’, dan dient de immigratie-ambtenaar ambtshalve op grond van paragraaf 353B van de Immigration Rules na te gaan of er sprake is van uitzonderlijke omstandigheden waardoor de verwijdering van de betrokken vreemdeling van het VK grondgebied niet langer passend wordt geacht. Daarbij wordt rekening gehouden met:

- het karakter en gedrag van de betrokken vreemdeling, zijn strafblad en de aard van eventuele begane misdrijven;
- het nakomen van de voorwaarden verbonden aan een eventueel eerder verleend verblijf;

---

<sup>1963</sup> Preambule overweging nr. 21 van Richtl. Raad 2004/81/EG, 29 april 2004 betreffende de verblijfstitel die in ruil voor samenwerking met de bevoegde autoriteiten wordt afgegeven aan onderdanen van derde landen die het slachtoffer zijn van mensenhandel of hulp hebben gekregen bij illegale immigratie, *Pb.L.* 6 augustus 2004, afl. 261/19.

<sup>1964</sup> Zie Hoofdstuk 1 sectie 14 van de “*Immigration Directorates’ Instructions*”: <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/policyandlaw/IDIs/idischapter1/section14/section14.pdf?view=Binary>.

- de duur van de tijd die de vreemdeling in het Verenigd Koninkrijk heeft doorgebracht buiten zijn schuld om, nadat een asielaanvraag of 'human rights claim' werd ingediend of geweigerd.<sup>1965</sup>

#### b.) Limited leave to remain

817. Zoals eerder vermeld werden een aantal vroegere beleidscriteria voor het verlenen van *discretionary leave*, met name wat betreft niet-begeleide minderjarige asielzoekers en de zgn. 'article 8 claims', geïncorporeerd in de Immigration Rules. Deze geven nu aanleiding tot de verlening van een 'limited leave to remain'.

##### i) Article 8 claims

818. Wanneer bij het onderzoek naar een asielaanvraag, naar een *human rights claim* of naar nieuwe elementen ('*further submissions*') die worden voorgelegd, aspecten, impliciet of uitdrukkelijk, naar boven komen die verband houden met artikel 8 EVRM, dan moet de immigratie-ambtenaar, volgens paragraaf 326B van de Immigration Rules, deze elementen ambtshalve onderzoeken in het licht van appendix FM (gezinsleden) en paragrafen 276ADE tot en met 276DH (privéleven) van de Immigration Rules, die hierna zullen worden besproken.

##### ii) Niet-begeleide minderjarige asielzoekers

819. Paragrafen 352ZC tot en met 352ZF van de Immigration Rules stellen het beleid vast m.b.t. de bovengenoemde categorie van vreemdelingen. Om in aanmerking te komen voor *limited leave to remain* dient te worden vastgesteld dat de minderjarige een asielaanvraag heeft ingediend, dat hem de vluchtelingenstatus en subsidiaire beschermingsstatus werden geweigerd en dat er geen adequate opvangfaciliteiten in het land van herkomst of terugkeer kunnen worden vastgesteld. De minderjarige mag voorts niet zijn uitgesloten zijn van de vluchtelingenstatus of subsidiaire beschermingsstatus, geen gevaar vormen voor de openbare orde en nationale veiligheid van het land en niet het voorwerp uitmaken van een uitzettingsbevel. Dit onderzoek gebeurt volgende de richtsnoeren van de UKBA ambtshalve.<sup>1966</sup>

Een tijdelijk verblijf wordt toegekend voor een periode van 30 maanden of tot het kind 17,5 jaar oud is. Voorts moet ambtshalve worden onderzocht of de minderjarige valt onder de beschermingsregels inzake het gezins- en privéleven zoals vastgesteld in appendix FM (gezinsleden) en paragrafen 276ADE tot en met 276DH (privéleven) van de Immigration Rules, die hierna worden besproken. Indien de minderjarige niet onder de voornoemde beschermingsgronden valt, dan wordt ambtshalve nagegaan of hij in aanmerking komt voor *discretionary leave*, zoals hierboven besproken.

#### c.) Restricted leave

820. Een asielzoeker die wordt uitgesloten van de vluchtelingenstatus of de subsidiaire beschermingsstatus op grond van artikel 1F van het VN-Vluchtelingenverdrag, maar die niet onmiddellijk verwijderd kan worden uit het Verenigd Koninkrijk wegens artikel 3 EVRM, zal gewoonlijk enkel een '*restricted leave*' worden verleend voor een maximumperiode van zes

<sup>1965</sup> Zie hierover meer in de UKBA-richtsnoeren "Enforcement and Instructions Guidance (EIG) CH53": <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/policyandlaw/enforcement/detentionandremovals/chapter53?view=Binary>.

<sup>1966</sup> Zie hierover in de UKBA-richtsnoeren m.b.t. "Discretionary Leave": <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/policyandlaw/asylumpolicyinstructions/apis/discretionaryleave.pdf?view=Binary>.



maanden, die eventueel verlengd kan worden indien verwijdering nog niet mogelijk is. Een aantal strikte voorwaarden kunnen worden opgelegd, met name een meldingsplicht en een verbod op het volgen van onderwijs alsook beperkingen m.b.t. de tewerkstelling van de betrokken vreemdeling in het Verenigd Koninkrijk, en beperkingen m.b.t. keuze van woonplaats.<sup>1967</sup>

#### B. De beschermingsgronden in het VK-migratie- en terugkeerbeleid

821. Binnen het VK-migratie- en terugkeerbeleid is er eveneens ruimte voor het toekennen van bijkomende bescherming door middel van de verlening van een *discretionary leave*. In bepaalde gevallen wordt, net zoals in het asielbeleid, deze *discretionary leave* verleend buiten de Immigration Rules om. In andere gevallen werden een aantal vroegere criteria voor het verlenen van *discretionary leave* opgenomen in de Immigration Rules en geven deze nu aanleiding tot het verlenen van een *limited leave to remain*. Tenslotte blijft het mogelijk voor de bevoegde staatssecretaris om in prangende situaties een ‘*leave outside the rules*’ te verlenen op basis van zijn discretionaire bevoegdheid.

##### a.) Discretionary leave

822. Net zoals in het asielbeleid komen vreemdelingen in aanmerking voor *discretionary leave* wanneer tijdens de behandeling van de aanvraag en bij het voorbereiden van een verwijdering (‘*removal*’ of ‘*deportation*’), blijkt dat omwille van medische gronden of omwille van andere situaties waarin een terugkeer kan leiden tot een schending van een EVRM-bepaling, de verlening van *discretionary leave* passend wordt geacht. Hetzelfde geldt voor vreemdelingen die worden geïdentificeerd als slachtoffers van mensenhandel. Er kan ook een rechtstreekse aanvraag voor *discretionary leave* worden ingediend. De UKBA-richtsnoeren inzake *discretionary leave* zoals eerder besproken zijn in deze omstandigheden ook van toepassing.<sup>1968</sup>

Ook in het migratie- en terugkeerbeleid kan de immigratie-ambtenaar ambtshalve op grond van paragraaf 353B van de Immigration Rules nagaan of er sprake is van uitzonderlijke omstandigheden waardoor de verwijdering van de betrokken vreemdeling van het VK-grondgebied niet langer passend wordt geacht.

##### b.) Limited leave to remain

823. De voornaamste bijkomende beschermingsgronden hebben betrekking op staatlozen en op vreemdelingen die elementen laten gelden die verband houden met een betoogde schending van artikel 8 EVRM.

---

<sup>1967</sup> Zie “Asylum Casework Instruction: Restricted Leave”: <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/policyandlaw/asylumprocessguidance/consideringanddecidingtheclaim/guidance/restricted-leave-article-1f-pdf?view=Binary>.

<sup>1968</sup> Zie de UKBA-richtsnoeren m.b.t. “Discretionary Leave”: <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/policyandlaw/asylumpolicyinstructions/apis/discretionaryleave.pdf?view=Binary>.

### i) Staatlozen

824. Het beleid inzake de verlening van discretionary leave aan staatlozen werd geïncorporeerd in de paragrafen 401 tot en met 416 van de Immigration Rules.<sup>1969</sup> Een vreemdeling wordt als staatloze beschouwd indien hij voldoet aan de voorwaarden van het VN-Verdrag betreffende de status van staatloze personen van 1954 en indien hij niet valt onder bepaalde uitsluitingsgronden. Om in aanmerking te komen voor een *limited leave to remain* moeten volgende voorwaarden worden vervuld:

- de vreemdeling moet een geldige aanvraag indienen voor een *limited leave to remain as a stateless person*;
- de vreemdeling wordt door de staatssecretaris erkend als staatloze;
- de vreemdeling heeft geen toegang tot zijn vroeger land van gewoonlijk verblijf of een ander land;
- de vreemdeling heeft alle redelijk beschikbare bewijzen verzameld en voorgelegd aan de staatssecretaris om te bepalen of hij staatloos is.

De beschermingsstatus kan worden geweigerd o.m. omwille van de openbare orde of nationale veiligheid.

Indien wordt voldaan aan de voorwaarden wordt een *limited leave to remain* verleend aan de erkende staatloze voor een periode van niet meer dan 30 maanden. Deze periode kan ook hier worden ingekort omwille van o.m. redenen van openbare orde.

Om in aanmerking te komen voor een zgn. '*indefinite leave to remain*', dient de erkende staatloze een geldige aanvraag in te dienen waarin hij aantoont dat hij eerder verbleef op basis van een *limited leave to remain as a stateless person*, dat hij een onafgebroken periode van vijf jaar in het Verenigd Koninkrijk heeft doorgebracht en dat hij nog steeds geen toegang heeft tot zijn vroegere land van gewoonlijk verblijf of een ander land. De verblijfstitel van onbepaalde duur kan worden geweigerd o.m. omwille van de openbare orde of nationale veiligheid.

### ii) Article 8 claims

825. Appendix FM (gezinsleden) en paragrafen 276ADE tot en met 276DH (privéleven) van de Immigration Rules voorzien een duidelijke basis voor het beoordelen van immigratiezaken in overeenstemming met artikel 8 EVRM. Volgens de UKBA-richtsnoeren weerspiegelen deze regels het gekwalificeerd karakter van artikel 8 EVRM door voorwaarden te voorzien die op een billijke wijze het individueel recht op de eerbiediging van een gezins- of privéleven afwegen tegen het algemeen belang om het economisch welzijn van het Verenigd Koninkrijk te waarborgen door immigratiecontrole. Voorts houden deze regels rekening met de nood om het welzijn van kinderen te waarborgen en te bevorderen.

826. De besluitvorming terzake heeft plaats op basis van een tweestapsbenadering. Immigratie-ambtenaren dienen eerst na te gaan of een vreemdeling voldoet aan de voorwaarden gesteld door de relevante regels. Indien de vreemdeling niet voldoet aan de voorwaarden, dan dienen immigratie-ambtenaren te onderzoeken of, rekening houdend met alle feiten van de zaak, er uitzonderlijke omstandigheden aanwezig zijn die ertoe leiden dat een weigering van de aanvraag resulteert in niet te rechtvaardigen harde gevolgen voor de betrokken vreemdeling en zijn familie, zodat een weigering niet meer evenredig is in het licht van artikel 8 EVRM. Zijn er dergelijke uitzonderlijke omstandigheden aanwezig, dan dient een zgn. '*leave outside the rules*' te worden verleend.

---

<sup>1969</sup> Zie ook de UKBA-richtsnoeren inzake "Applications for leave to remain as a stateless person": <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/policyandlaw/stateless-guide/stateless-guide.pdf?view=Binary>.

De relevante UKBA-richtsnoeren wijzen erop dat dit beleid ondersteund wordt door het VK-High Court: “*In the judgment Sales J finds that our regime of rules coupled with the Secretary of State’s published policy on exceptional circumstances “...fully accommodates the requirements of Article 8” and “...there is full coverage of an individual’s rights under Article 8 in all cases by a combination of the new rules and (so far as may be necessary) under the Secretary of State’s residual discretion to grant leave to remain outside the Rules”.*”<sup>1970</sup>

827. Appendix FM en paragrafen 276ADE tot en met 276DH van de Immigration Rules zijn in beginsel van toepassing op geldige verblijfsaanvragen. Dergelijke geldige verblijfsaanvraag is niet vereist wanneer een ‘*article 8 claim*’ hetzij impliciet of expliciet wordt opgeworpen in de volgende gevallen:

- als onderdeel van een asielaanvraag;
- bij het voorleggen van nieuw elementen (*‘further submissions’*) nadat een asielaanvraag is geweigerd;
- wanneer de vreemdeling wordt vastgehouden (*‘immigration detention’*);
- wanneer een verwijdering wordt voorbereid (*‘removal’*);
- in een antwoord op een *one-stop notice*;
- in een beroep.

828. Om in aanmerking te komen voor een *limited leave to remain* op basis van het recht op de eerbiediging van het gezinsleven onder artikel 8 EVRM, dient een vreemdeling in beginsel aan een aantal criteria te voldoen die betrekking hebben op hun geschiktheid (m.n. niet in het bezit zijn van een strafblad), hun betoogde gezinsrelatie, hun financiële middelen en huisvesting, hun verblijfsstatus en het machtig zijn van de Engelse taal, zoals vastgesteld in Appendix FM.

829. De Appendix FM voorziet twee routes van *limited leave to remain* naar *settlement*. Er is een route voorzien voor die vreemdelingen die aan alle criteria voldoen en die na vijf jaar in aanmerking komen voor *settlement*. Een aparte route wordt voorzien voor vreemdelingen die niet aan alle criteria voldoen, zoals o.m. de criteria inzake de verblijfsstatus, financiële middelen en huisvesting of de Engelse taalvereiste. Indien deze vreemdelingen onder paragraaf EX.1 van Appendix FM vallen, dan komen ze na tien jaar in aanmerking voor *settlement*.

830. Paragraaf EX. 1 is enkel van toepassing op verblijfsaanvragen die in het Verenigd Koninkrijk worden ingediend. Vreemdelingen die niet aan alle criteria voldoen kunnen toch in aanmerking komen voor *limited leave to remain* in de volgende twee gevallen:

- de vreemdeling heeft een oprechte en duurzame ouderlijke band met een kind dat minderjarig is, in het Verenigd Koninkrijk verblijft en dat de Britse nationaliteit heeft of in het Verenigd Koninkrijk heeft verbleven gedurende de laatste zeven jaar voor de aanvraag en waar voor het niet redelijk is te verwachten dat het kind het Verenigd Koninkrijk verlaat;

---

<sup>1970</sup> Zie “UKBA Immigration Directorate Instructions Family Member under the Immigration Rules, Partner and ECHR Article 8 guidance, Section FM.10”: <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/policyandlaw/IDIs/chp8-annex/partners.pdf?view=Binary>; Zie ook *Nagre v. Secretary of State of the Home Department* [2013] EWHC 720 (Admin).

- de vreemdeling heeft een oprechte en duurzame relatie met een partner die in het Verenigd Koninkrijk verblijft, die de Britse nationaliteit heeft of gevestigd is in het Verenigd Koninkrijk of daar verblijft omwille van een verleende vluchtelingenstatus of subsidiaire beschermingsstatus en waar er onoverkomelijke hinderpalen zijn om het gezinsleven met zijn partner verder te zetten buiten het Verenigd Koninkrijk. De relevante UKBA-richtsnoeren verduidelijken dat *“a significant degree of hardship or inconvenience does not amount to an insurmountable obstacle.”*

Factoren waarmee rekening kan worden gehouden zijn, volgens de relevante UKBA-richtsnoeren, de mogelijkheden om als gezin een ander land op legale wijze binnen te komen en er te verblijven; eventuele ernstige culturele obstakels voor de partner van de vreemdeling om in een ander land te verblijven en de weerslag op een mentale of fysieke handicap. Waar een vreemdeling geenszins voldoet aan de criteria onder Appendix FM zal normaal de aanvraag worden geweigerd.

831. Niettemin kan een *‘leave outside the rules’* voor een periode van 30 maanden worden verleend wanneer er uitzonderlijke omstandigheden aanwezig zijn, die ambtshalve door de immigratie-ambtenaren moeten worden onderzocht. Zoals reeds vermeld zijn er uitzonderlijke omstandigheden wanneer de weigering van de aanvraag resulteert in niet te rechtvaardigen harde gevolgen voor de betrokken vreemdeling en zijn familie zodat weigering niet meer evenredig is in het licht van artikel 8 EVRM.

Om dit te bepalen, dienen, volgens de relevante UKBA-richtsnoeren, de immigratie-ambtenaren alle relevante factoren in overweging te nemen zoals:

- a. de omstandigheden met betrekking tot de binnenkomst van de vreemdeling in het Verenigd Koninkrijk en de duur van de periode waarin de vreemdeling op legale wijze heeft verbleven in vergelijking met de tijdsduur van zijn illegaal verblijf. Er moet worden nagegaan of de relatie is gevormd wanneer de vreemdeling geen of een preciaire verblijfsstatus had. Aan een gezinsleven dat gevormd werd tijdens een illegaal verblijf moet minder gewicht worden gegeven dan aan een gezinsleven gevormd tijdens een legaal verblijf;
- b. cumulatieve factoren, met name wanneer er ook sprake is van een betekenisvol privéleven in het Verenigd Koninkrijk, dan moeten het gezins- en privéleven samen in overweging worden genomen; en
- c. er moet rekening worden gehouden met de belangen van de betrokken kinderen.<sup>1971</sup>

832. Voorts bepalen paragrafen 289A tot en met 289D de voorwaarden waaraan een slachtoffer van huiselijk geweld moet voldoen om in aanmerking te komen voor verder verblijf in het Verenigd Koninkrijk.<sup>1972</sup>

---

<sup>1971</sup> Zie de principe zaak van het VK Supreme Court: *ZH (Tanzania) v SSHD* [2011] UKSC 4, Lord Kerr, par. 46: *“It is a universal theme of the various international and domestic instruments to which Lady Hale has referred that, in reaching decisions that will affect a child, a primacy of importance must be accorded to his or her best interests. This is not, it is agreed, a factor of limitless importance in the sense that it will prevail over all other considerations. It is a factor, however, that must rank higher than any other. It is not merely one consideration that weighs in the balance alongside other competing factors. Where the best interests of the child clearly favour a certain course, that course should be followed unless countervailing reasons of considerable force displace them. It is not necessary to express this in terms of a presumption but the primacy of this consideration needs to be made clear in emphatic terms. What is determined to be in a child’s best interests should customarily dictate the outcome of cases such as the present, therefore, and it will require considerations of substantial moment to permit a different result.”*

<sup>1972</sup> Zie ook UKBA richtsnoeren “Victims of domestic violence”: <http://www.bia.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/policyandlaw/modernised/family/section4.pdf?view=Binary>

833. Om in aanmerking te komen voor een *limited leave to remain*, voor een periode van maximum 30 maanden, op basis van het recht op de eerbiediging van het privéleven onder artikel 8 EVRM, dient een vreemdeling te voldoen aan de voorwaarden uiteengezet in paragrafen 276ADE tot en met 276DH van de Immigration Rules:

- de vreemdeling toont aan dat hij in het Verenigd Koninkrijk heeft gewoond gedurende een onafgebroken periode van minstens 20 jaar, of;
- dat hij jonger is dan 18 jaar en onafgebroken in het Verenigd Koninkrijk heeft verbleven gedurende een periode van minstens zeven jaar, of;
- de vreemdeling is tussen de 18 en 25 jaar oud en heeft minstens de helft van zijn leven onafgebroken in het Verenigd Koninkrijk gewoond, of;
- de vreemdeling is 18 jaar of ouder, en heeft onafgebroken in het Verenigd Koninkrijk gewoond gedurende een periode van minder dan 20 jaar maar heeft geen sociale of culturele banden noch gezinsbanden met het land waar hij naar toe zou gaan indien hij het Verenigd Koninkrijk dient te verlaten.

Onder bepaalde voorwaarden en na 120 maanden verblijf kan de vreemdeling vervolgens in aanmerking komen voor een *indefinite leave to remain*.

834. Tenslotte gelden er in paragraaf 398 bijzondere voorwaarden wanneer een *article 8 claim* wordt opgeworpen tegen een uitzettingsmaatregel (*'deportation order'*) als gevolg van crimineel gedrag door de betrokken vreemdeling. Waar er sprake is van een vreemdeling die:

- (a) veroordeeld is geweest tot een gevangenisstraf van minstens vier jaar, of
- (b) veroordeeld is geweest tot een gevangenisstraf van minder dan vier jaar maar minstens 12 maanden, of
- (c) door zijn crimineel gedrag ernstige schade heeft veroorzaakt (bijvoorbeeld doodslag, brandstichting, e.a.) of een hardnekkige recidivist is,

gelden er strenge criteria inzake de opgeworpen *article 8 claim* aangezien er een vermoeden is dat het algemeen belang een uitzetting noodzaakt. Er dienen uitzonderlijke omstandigheden worden aangetoond vooraleer de belangenafweging inzake artikel 8 EVRM overhelte naar het voordeel van de vreemdeling.

Uitzonderingen op dit vermoeden van algemeen belang worden vastgesteld in paragrafen 399 en 399A van de Immigration Rules en de relevante UKBA-richtsnoeren die zeer gedetailleerd zijn en hier enkel in grote lijnen worden weergegeven.<sup>1973</sup> Paragraaf 399 bevat twee *'family life exceptions'* en paragraaf 399A een *'private life exception'*, die echter enkel van toepassing zijn op de situaties beschreven in (b) en (c) van paragraaf 398.

835. Onder de *'family life exceptions'* zal worden nagegaan of de betrokken vreemdeling een oprechte en duurzame ouderlijke band onderhoudt met een kind dat minderjarig is, in het Verenigd Koninkrijk verblijft en dat de Britse nationaliteit heeft of in het Verenigd Koninkrijk heeft verbleven gedurende de laatste zeven jaar voor de aanvraag. Er wordt onderzocht of het niet redelijk is te verwachten dat het kind het Verenigd Koninkrijk verlaat alsook of er geen ander gezinslid is dat in staat is om voor het kind te zorgen in het Verenigd Koninkrijk.

De UKBA-richtsnoeren benadrukken dat er moet worden gekeken naar een aantal factoren zoals de gezondheid van het kind, de mate waarin het kind afhankelijk is van andere gezinsleden in het Verenigd Koninkrijk, en of het kind vermoedelijk in staat zal zijn om vlot te integreren in het andere land. De mogelijkheid tot integratie wordt beoordeeld door o.m. na te gaan of de ouder en het kind de nationaliteit van het andere land bezitten, of het kind eerder

---

<sup>1973</sup> Zie "Immigration Directorate Instructions Chapter 13: Criminality Guidance in Article 8 ECHR Cases": <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/policyandlaw/IDIs/idischapter13/article8.pdf?view=Binary>.

het land heeft bezocht gedurende een bepaalde tijd, of de ouders en het kind culturele en sociale banden hebben, alsook bredere gezinsbanden in het land, of het kind daar school heeft gelopen en of het kind de taal van het land kan spreken, lezen en schrijven of in staat zal zijn om deze taalvaardigheid binnen een redelijke periode te verwerven. Andere factoren kunnen eveneens in overweging worden genomen.<sup>1974</sup> Wanneer het betrokken kind de Britse nationaliteit heeft, wordt daarenboven nagegaan of in het land van terugkeer een vergelijkbare toegang tot bescherming en publieke diensten bestaat zoals in het Verenigd Koninkrijk.

836. Onder de *family life exceptions* wordt ook onderzocht of de vreemdeling een oprechte en duurzame relatie heeft met een partner die in het Verenigd Koninkrijk verblijft en die de Britse nationaliteit heeft of gevestigd is in het Verenigd Koninkrijk of daar verblijft omwille van een verleende vluchtelingenstatus of een subsidiaire beschermingsstatus en of de vreemdeling reeds 15 jaar onafgebroken in het Verenigd Koninkrijk heeft gewoond. Er wordt rekening gehouden met eventuele onoverkomelijke hinderpalen die de voortzetting van het gezinsleven met een partner buiten het Verenigd Koninkrijk beletten/

837. Tenslotte wordt ook rekening gehouden met een eventuele '*private life exception*'. De vreemdeling komt hier enkel voor in aanmerking indien hij reeds 20 jaar onafgebroken in het Verenigd Koninkrijk heeft gewoond en geen sociale of culturele banden noch gezinsbanden heeft met het land waartoe hij wordt uitgezet, ofwel indien hij jonger is dan 25 jaar, de helft van zijn leven onafgebroken in het Verenigd Koninkrijk heeft doorgebracht en hij geen sociale of culturele banden noch gezinsbanden heeft met het land waarnaar hij wordt uitgezet. Er wordt met name onderzocht of de vreemdeling beschikt over "*sufficient knowledge or experience of or connections to the country of origin to be able to form an adequate private life in that country.*" Indien een vreemdeling geen sociale banden noch gezinsbanden heeft met het land waarnaar hij wordt uitgezet, zal worden gekeken naar de zelfredzaamheid van de betrokken vreemdeling, die wordt beoordeeld aan de hand van zijn scholing, zijn taalvaardigheden, eventuele andere vaardigheden en opleidingen en zijn tewerkstelling in het Verenigd Koninkrijk. Indien wordt aangetoond dat hij tewerkstelling kan vinden in het andere land, zal er zelden een schending van het privéleven worden vastgesteld.

838. Indien de vreemdeling voldoet aan de voorwaarden in de *family life exceptions* of de *private life exception* dan kan hem een *limited leave* worden verleend voor een periode van maximum 30 maanden die eventueel verlengd kan worden.

839. Indien paragrafen 399 en 399A niet van toepassing zijn op de vreemdeling die valt onder situaties (b) of (c) van paragraaf 398 of wanneer het een vreemdeling betreft die valt onder de situatie (a) van paragraaf 398 (zie randnummer 826), dan zal, zoals eerder vermeld, enkel in uitzonderlijke omstandigheden worden geoordeeld dat individuele factoren doorwegen op het algemeen belang. Om te bepalen of er sprake is van uitzonderlijke omstandigheden, dient de immigratie-ambtenaar rekening te houden met alle feiten en relevante factoren, zoals:

- de omstandigheden met betrekking tot de binnenkomst van de vreemdeling in het Verenigd Koninkrijk en de duur van de periode waarin de vreemdeling op legale wijze heeft verbleven in vergelijking met de tijdsduur van zijn illegaal verblijf. Er moet worden nagegaan of het privéleven werd opgebouwd tijdens een illegaal of precair

---

<sup>1974</sup> Zie UKBA-richtsnoeren "Guidance on application of paragraph 399: consideration of a child's best interests in cases where there is CRIMINALITY": <http://www.ind.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/policyandlaw/IDIs/chp8-annex/399a-guidance-.pdf?view=Binary>.

verblijf. Indien dit het geval is, dan moet aan dit privéleven minder gewicht worden gegeven dan aan een gezinsleven dat gevormd werd tijdens een legaal verblijf;

- elke uitzonderlijke culturele of wettelijke factor die het privéleven van de vreemdeling verhindert of ernstig beperkt. Volgens de UKBA-richtsnoeren: *“However, it is not simply the existence of a restriction that will result in an unjustifiably harsh outcome. Instead, they must demonstrate that any restriction(s) fundamentally affects their ability to enjoy their right to respect for private life in their country of origin. All relevant factors must be considered, including the cumulative impact of these.”*
- elke specifieke hinderpaal inzake de communicatie die het privéleven van de vreemdeling verhindert of ernstig beperkt, bijvoorbeeld een specifieke handicap die het aanleren van een taal verhindert. Het gebrek aan welbespraaktheid in een andere taal wordt niet als een uitzonderlijke omstandigheid beschouwd.
- cumulatieve factoren, met name wanneer de vreemdeling gezinsleden heeft in het Verenigd Koninkrijk die eventueel geen voldoende basis vormen om te blijven maar ook een betekenisvol privéleven heeft, bijvoorbeeld een broer- of zusrelatie of een ouderlijke band met een volwassen kind, dat niet kwalificeert als een gezinsleven onder artikel 8 EVRM. Hoewel het gezinsleven en privéleven apart en niet-cumulatief worden beoordeeld, dient de immigratie-ambtenaar bij het onderzoek naar uitzonderlijke omstandigheden zowel met het gezins- als het privéleven rekening te houden.

Indien wordt besloten dat er uitzonderlijke omstandigheden aanwezig zijn, dan wordt een *limited leave* verleend voor een periode van maximum 30 maanden.

#### c.) Leave outside the rules

840. De staatssecretaris blijft bevoegd om discretionair een *leave to remain* te verlenen aan vreemdelingen die niet voldoen aan de criteria in de Immigration Rules of de criteria inzake *discretionary leave*, in het bijzonder wanneer er sprake is van bijzonder prangende omstandigheden (*‘particularly compelling circumstances’* of *‘compelling compassionate reasons’*). Er wordt dan een *‘leave outside the rules’* verleend voor een beperkte periode, in overeenstemming met de individuele omstandigheden van de zaak, enkel voor de duur van het vereiste verblijf.<sup>1975</sup> Het wordt zeer zelden verleend.

---

<sup>1975</sup> Zie UKBA “Immigration Directorates’ Instruction Chapter 1 Section 14 Leave outside the rules (LOTR)”: <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/policyandlaw/IDIs/idischapter1/section14/section14.pdf?view=Binary>.

### Afdeling 3. Tussenbesluit

841. Uit het EMN-syntheserapport en de korte analyse van de bijkomende beschermingsstatuten in België, Nederland en het Verenigd Koninkrijk blijkt duidelijk dat de verantwoordelijkheid die door de lidstaten wordt opgenomen om op nationaal niveau bijkomende bescherming te bieden aan vreemdelingen een meerlagig gegeven is. Een absolute staatssoevereiniteit wordt vervangen door een gekwalificeerde verantwoordelijkheid om passende bijkomende bescherming te bieden, in het bijzonder in het licht van hogere rechtsnormen, zoals internationale grondrechten en mensenrechten, nationale grondrechten, het Unierecht en de daarbij horende rechtspraak van nationale en internationale rechtbanken en hoven, alsook in het licht van wat lidstaten als (klemmende) humanitaire redenen beschouwen of vanuit mededogen of in het licht van eigen nationale beleidskeuzes inzake migratiebeheer. De juridische gronden op basis waarvan nationale bijkomende bescherming wordt verleend variëren aldus naargelang de formele nationale en internationale regelgeving tot (al dan niet *ad hoc*) omzendbrieven tot administratieve praktijken. Er tekent zich niettemin een tendens af om omzendbrieven en administratieve praktijken te vervangen door formele regelgeving in het licht van het beginsel van rechtszekerheid.

Nationale bijkomende bescherming wordt bijgevolg, enerzijds, toegekend op basis van min of meer bindende gronden en normen gebaseerd op nationale en internationale regelgeving waarbij de nationale en internationale rechtspraak een belangrijke rol speelt in de interpretatie en toepassing ervan. Anderzijds, kan bijkomende bescherming worden verleend op basis van discretionaire gronden, met name wanneer de lidstaten humanitaire redenen of mededogen laten gelden, die in sommige gevallen geïnspireerd zijn door de grond- of mensenrechten maar niet altijd. De discretionaire gronden kunnen voorts ook gebaseerd zijn op soevereine beleidsoverwegingen inzake migratiebeheer.

De beschermingsmotieven die een rol spelen in deze verantwoordelijkheid om bescherming te bieden zijn zeer uiteenlopend, zoals hierboven werd besproken. In het EMN-syntheserapport werden 15 verschillende beschermingsmotieven geïdentificeerd. Het minimum dat moet worden gegarandeerd door hogere normen is de niet-verwijdering van de betrokken vreemdeling naar het land van herkomst of terugkeer. De EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten voorzien afhankelijk van welbepaalde voorwaarden in een verblijfsstatus en daarbij horende rechten.

Ten aanzien van vreemdelingen die van deze EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten worden uitgesloten alsook ten aanzien van vreemdelingen die andere bijkomende beschermingsnaden hebben, beschikken lidstaten over een zekere ruime nationale beleidsruimte. Hoewel op grond van hogere normen er een zekere minimumbehandeling moet worden toegekend aan deze vreemdelingen, bestaat er geen internationale verplichting tot het toekennen van een verblijfsstatus aan deze vreemdelingen.

Uit de korte illustratie van de nationale bijkomende beschermingsstatuten in de EU blijkt dat de lidstaten er niettemin soms op soevereine wijze voor kiezen om de verplichting tot niet-verwijdering te koppelen aan een beschermingsstatus die bestaat uit een verblijfsstatuut en daarbij horende rechten. Dit is evenwel niet altijd het geval, wat ons doet vaststellen dat er een grote verscheidenheid in de vormen van nationale bijkomende bescherming bestaat. Ook wat betreft de nationale bijkomende beschermingsstatuten onderling kan een welbepaalde hiërarchie worden vastgesteld.



Er zijn formele nationale bijkomende beschermingsstatuten en informele nationale bijkomende beschermingsvormen te identificeren. Formele nationale bijkomende beschermingsstatuten geven aanleiding tot een onbeperkt of beperkt verblijfsstatuut alsook tot volledige of beperkte socio-economische rechten inzake tewerkstelling, onderwijs, gezinshereniging en sociale bijstand. In sommige gevallen zijn de standaarden die worden gehanteerd in formele nationale bijkomende beschermingsstatuten gelijk aan of hoger dan de standaarden die worden gehanteerd in EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten. Informele nationale bijkomende beschermingsvormen leiden dan weer tot een (tijdelijke) niet-verwijderbaarheid en minimale socio-economische rechten, met name minimumrechten inzake onderwijs en dringende medische zorgen, alsook eventuele materiële hulp of beperkte financiële hulp. De standaarden liggen hier duidelijk lager dan deze van de EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten.

Hoe sterker de nationale bijkomende beschermingsstatus, hoe sterker het daarmee verbonden verblijfsrecht zal zijn en hoe vollediger ook de toegang tot de socio-economische rechten die de zelfredzaamheid van de betrokken vreemdeling bevorderen. De sterkte van het toegekende bijkomende beschermingsstatus is in grote mate afhankelijk van de juridische gronden waarop deze gebaseerd is. Een bijkomende beschermingsstatus is sterker wanneer het zijn oorsprong vindt in expliciete juridisch bindende gronden neergelegd in het internationaal recht, Unierecht of nationaal recht. Vindt een bijkomende beschermingsstatus eerder een oorsprong in discretionaire gronden, zoals humanitaire redenen of mededogen, dan zal de bijkomende beschermingsstatus eerder zwakker uitvallen.

Verbonden met de sterkte van de toegekende bijkomende beschermingsstatus is ook de tijdelijkheid van de verleende bescherming. Uit het EMN-syntheserapport kan worden afgeleid dat indien wordt geoordeeld dat de nood aan bijkomende bescherming slechts van tijdelijke aard is, dit ook een weerslag zal hebben op de duur van de toegekende verblijfstitel en de omvang van de toegekende socio-economische rechten. Aangezien het slechts een tijdelijke behoefte aan bijkomende bescherming betreft, lijken lidstaten te oordelen dat de zelfredzaamheid van de betrokken vreemdeling niet te volle bevorderd moet worden daar de duurzame oplossing voor zijn nood aan bijkomende bescherming niet in de betrokken lidstaat ligt.

Ook de nationale procedures die toegang geven tot deze vormen van nationale bijkomende bescherming zijn zeer verschillend. Er worden zowel formele procedures als meer informele procedures gehanteerd. Er valt op te merken dat lidstaten trachten de doelstellingen inzake efficiëntie en bescherming zo goed als mogelijk met elkaar te verzoenen. Zo kunnen lidstaten ervoor kiezen de verschillende bijkomende beschermingsnoden strikt van elkaar te onderscheiden en deze, buiten de asielprocedure, in afzonderlijke procedures te onderzoeken en te beoordelen. Andere lidstaten kiezen ervoor om een eerder holistische benadering te hanteren waarbij één administratieve en/of één beroepsprocedure wordt aangewend waarin, naast een eerste toetsing in het licht van het VN-Vluchtelingenverdrag, verschillende bijkomende beschermingsnoden achtereenvolgens worden onderzocht en beoordeeld, al dan niet gepaard gaand met een meeromvattende beslissing waarbij niet enkel uitspraak wordt gedaan over de nood aan bijkomende bescherming maar ook over de mogelijkheid tot verwijdering.

Uit dit alles blijkt dat de nationale bijkomende beschermingsstatuten zeker niet in alle lidstaten worden gehanteerd. In lidstaten waar wel gebruik wordt gemaakt van nationale bijkomende beschermingsstatuten valt de zeer grote verscheidenheid aan gronden, procedures, verblijfsstatuten en rechten duidelijk op. Nationale bijkomende beschermingsstatuten zijn duidelijk geen gemeenschappelijk goed in de Europese Unie, maar

ze worden niettemin aangewend als een nationaal antwoord op die bijkomende beschermingsnoden die niet worden beantwoord op EU-niveau.

#### Afdeling 4. Een billijke afweging van *human security* en *state security* en het belang van efficiënte procedures

842. In Deel 1 werd een toenemende beschermingsreflex in het internationaal recht en Unierecht vastgesteld. Deze toenemende beschermingsreflex kan ook in het nationaal recht worden vastgesteld, zoals blijkt uit Hoofdstuk 1 van Deel 2. Het gegeven dat een heel aantal lidstaten zich geroepen voelt om bijkomende bescherming te verlenen, wijst erop dat lidstaten in min of meerdere mate het bestaan van andere beschermingssituaties die niet binnen het toepassingsgebied van EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten of -mechanismen vallen, erkennen en ernstig nemen.

843. Deze toenemende beschermingsreflex is in grote mate te wijten aan de verregaande invloed van de mensenrechten (*'human rights of non-citizens'*), wat volgens EDWARDS en FERSTMAN heeft geleid tot een 'humanisering' van vreemdelingen (*'humanising non-citizens'*).<sup>1976</sup> Deze tendens wordt versterkt door een '*human security*'-benadering, die vooral in het domein van de internationale relaties wordt gehanteerd. Het conceptueel kader inzake '*human security*' werd in 1994 door het United Nations Development Programme (hierna: UNDP) gelanceerd. Het UNDP stelde dat 'veiligheid' te lang veel te eng begrepen is als de nationale veiligheid van de Staat en zijn grondgebied.<sup>1977</sup> Het UNDP argumenteerde dan ook dat het tijd was om te evolueren naar een alomvattend concept (*'all-encompassing concept'*) van *human security*.<sup>1978</sup>

844. '*Human security*' is geen juridisch begrip, noch bestaat er in beginsel voor dit concept een algemeen aanvaarde en welomlijnde definitie. Het concept '*human security*' houdt wel een heroriëntatie in van het concept 'veiligheid', in die zin dat er een verschuiving is van de veiligheid van de Staat naar de veiligheid van het individu en zijn gemeenschap. Volgens het UNDP moet het concept veiligheid dan ook op twee wijzen worden veranderd. In de eerste plaats veronderstelt dit een wijziging van een exclusieve nadruk op de territoriale veiligheid van de Staat naar een grotere nadruk op de veiligheid van mensen. In de tweede plaats noodzaakt dit een wijziging van veiligheid door bewapening naar veiligheid door duurzame ontwikkeling.<sup>1979</sup>

Het UNDP identificeerde twee componenten voor deze nieuwe *human security*-benadering: "*It means, first, safety from such chronic threats as hunger, disease and repression. And second, it means protection from sudden and hurtful disruptions in the patterns of daily life.*"<sup>1980</sup> *Human security* is een universele bezorgdheid, aldus het UNDP, die relevant is voor alle mensen in alle Staten. Het is een zgn. "*people-centred*"-begrip.<sup>1981</sup> De kern van het

---

<sup>1976</sup> A. EDWARDS en C. FERSTMAN, "Humanising non-citizens: the convergence of human rights and human security", in A. EDWARDS en C. FERSTMAN (eds.), *Human Security and Non-Citizens - Law, Policy and International Affairs*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 3-46.

<sup>1977</sup> UNDP, *Human Development Report: New Dimensions of Human Security*, New York/Oxford, Oxford University Press, 1994, 226p, [http://hdr.undp.org/sites/default/files/reports/255/hdr\\_1994\\_en\\_complete\\_nostats.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/reports/255/hdr_1994_en_complete_nostats.pdf).

<sup>1978</sup> UNDP, *Human Development Report: New Dimensions of Human Security*, New York/Oxford, Oxford University Press, 1994, 24.

<sup>1979</sup> UNDP, *Human Development Report: New Dimensions of Human Security*, New York/Oxford, Oxford University Press, 1994, 24.

<sup>1980</sup> UNDP, *Human Development Report: New Dimensions of Human Security*, New York/Oxford, Oxford University Press, 1994, 23.

<sup>1981</sup> UNDP, *Human Development Report: New Dimensions of Human Security*, New York/Oxford, Oxford University Press, 1994, 22-23.

concept 'human security' is dus de focus op het individu en de primauteit van het individu als voorwerp van een veiligheidsbeleid.

845. De Commission on Human Security (hierna: CHS), die in 2001 in het leven werd geroepen, bracht in 2003 een eindrapport uit waarin ze als volgt besloot:

*"The Commission on Human Security's definition of human security: to protect the vital core of all human lives in ways that enhance human freedoms and human fulfilment. Human security means protecting fundamental freedoms— freedoms that are the essence of life. It means protecting people from critical (severe) and pervasive (widespread) threats and situations. It means using processes that build on people's strengths and aspirations. It means creating political, social, environmental, economic, military and cultural systems that together give people the building blocks of survival, livelihood and dignity."*<sup>1982</sup> Of anders gesteld: *"Human security naturally connects several kinds of freedom—such as freedom from want and freedom from fear, as well as freedom to take action on one's own behalf."*<sup>1983</sup>

De CHS verduidelijkte verder dat de eerbiediging van mensenrechten hierin een cruciale rol speelt:

*"Respecting human rights is at the core of protecting human security. The 1993 Vienna Declaration of Human Rights stresses the universality and interdependence of the human rights of all people. Those rights have to be upheld comprehensively— civil and political, as well as economic and social—as proclaimed in the legally binding conventions and protocols that derive from the 1948 Universal Declaration on Human Rights. Human rights and human security are therefore mutually reinforcing. Human security helps identify the rights at stake in a particular situation. And human rights help answer the question: How should human security be promoted? The notion of duties and obligations complements the recognition of the ethical and political importance of human security."*<sup>1984</sup>

De CHS identificeerde twee strategieën om *human security* te bewerkstelligen: veiligheid door het waarborgen van fundamentele vrijheden en rechten, enerzijds, en 'empowerment', dit is de mogelijkheid voor een individu om voor zichzelf te handelen, anderzijds.<sup>1985</sup> In die zin heeft het concept 'human security' niet tot doel om bestaande wettelijke kaders te vervangen, maar streeft het concept er eerder naar om deze kaders te ondersteunen en te versterken. De CHS erkende daarbij de wederzijdse afhankelijkheid ('interdependence') tussen 'state security' en 'human security', waarbij ze verduidelijkte dat *"human security and state security are mutually reinforcing and dependent on each other"*.<sup>1986</sup>

846. Het rapport van 2003 bevat een hoofdstuk getiteld "People on the Move". Wat betreft migratie beveelt de CHS multilaterale benaderingen aan waar de soevereiniteit en veiligheid van Staten wordt afgewogen tegen de *human security* van mensen. Het rapport stelt dan ook:

*"From a human security perspective, the movement of people should be looked at comprehensively, taking into account the political, civil, security, economic and social dimensions affecting peoples' decision to move. It cannot be approached solely from the perspectives of the countries of origin, transit or destination. It must also be approached from the perspective of the different stages and motivations for*

---

<sup>1982</sup> UN Commission on Human Security, *Human Security Now*, New York, 2003, 4.

<sup>1983</sup> UN Commission on Human Security, *Human Security Now*, New York, 2003, 10.

<sup>1984</sup> UN Commission on Human Security, *Human Security Now*, New York, 2003, 10.

<sup>1985</sup> UN Commission on Human Security, *Human Security Now*, New York, 2003, 11.

<sup>1986</sup> UN Commission on Human Security, *Human Security Now*, New York, 2003, 6.

*displacement—for many people, migration is the only option. Today's policies, norms and institutions are not doing this, leaving major gaps.*"<sup>1987</sup>

De CHS benadrukt dat, vanuit het perspectief van *human security*, elk migratiebeheer genoodzaakt is om verder te gaan dan het huidige restrictief beleid dat door de Staten wordt gehanteerd. De CHS formuleert daartoe ambitieuze doelen, zoals het bewerkstelligen van een internationaal migratiekader. Maar ook op nationaal niveau is de CHS ambitieus:

*"To protect the human security of migrants, a minimum requirement is a secure legal status that will enable them to access basic services and to benefit from legal protection of their fundamental rights. Various countries have regularized the status of migrants residing illegally. To facilitate the integration of permanent migrants and their families, the granting of citizenship should be eased, particularly for second- or third-generation migrants."*<sup>1988</sup> De CHS beseft echter: *"Achieving these ambitious goals requires a careful balance between national sovereignty, security and development needs on the one hand and the human security of people on the other."*<sup>1989</sup>

847. Het momentum van de *human security*-benadering begin 2000 kende een ernstige terugval na de aanslagen van 11 september 2001. Niettemin wordt het concept internationaal en nationaal nog steeds aangewend. Ondanks de kritiek dat het concept '*human security*' betwistbaar is omdat het te vaag en conceptueel te zwak zou zijn, is het een concept dat verschillende malen heeft gediend als een katalysator voor verdere denkoefeningen en praktische toepassingen, aldus EDWARDS en FERSTMAN.<sup>1990</sup> In die zin kan het concept '*human security*' van belang zijn voor vreemdelingen en het asiel- en migratiebeleid. Het betrekken van het concept van '*human security*' op vreemdelingen kan de weg openen voor nieuwe ideeën over bescherming, alsook kan het leiden tot de versterking van beschermingsstrategieën.<sup>1991</sup>

848. LAMBERT nuanceert evenwel:

*"The perception of non-citizens as full and equal human beings may help towards implementing strategies of protection and empowerment. (...) The consensus appears to be towards caution: the human security concept has the potential to bring some added-value (e.g. political will) in international migration. However, at best, it may inform or supplement the existing human rights legal framework. (...) As long as states remain the key referents and actors in the international legal and political system, national security will continue to prevail and human security shall be no more than "a rhetorical impetus to join action". If one can be optimistic, human security may do more, such as fill some of the gaps in the existing legal protection regime or offer new ways to think about protection and solutions, but still, one is far from the recognition of a legal right to human security."*<sup>1992</sup>

Ook EDWARDS en FERSTMAN nemen een voorzichtig besluit:

*"The concept of human security is not the panacea to the gaps in international legal framework for non-citizens, nor is it likely to replace fully realist national security*

---

<sup>1987</sup> UN Commission on Human Security, *Human Security Now*, New York, 2003, 45.

<sup>1988</sup> UN Commission on Human Security, *Human Security Now*, New York, 2003, 51.

<sup>1989</sup> UN Commission on Human Security, *Human Security Now*, New York, 2003, 47.

<sup>1990</sup> A. EDWARDS en C. FERSTMAN, "Humanising non-citizens: the convergence of human rights and human security", in A. EDWARDS en C. FERSTMAN (eds.), *Human Security and Non-Citizens - Law, Policy and International Affairs*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 28-30.

<sup>1991</sup> Zie bv. A. BETTS, "Towards a 'Soft Law' Framework for the Protection of Vulnerable Irregular Migration", *IJRL* 2010, 209-236; A. BETTS, "Survival Migration: A New Protection Framework", *Global Governance* 2010, 361-382.

<sup>1992</sup> H. LAMBERT, Book review, *IJRL* 2010, 458-460.

*objectives. However, it is conceptually powerful for non-citizens in so far as it represents a shift away from traditional security paradigms that focus on the state and its territorial security and sovereignty, and towards placing the individual and communities – citizens and non-citizens alike – as the primary referent objects of security.”*<sup>1993</sup>

Reeds in 1976 stelde LEVI in dezelfde zin dat:

*“The difference in status and treatment between aliens and stateless persons and their interests may disappear when states live up to their protestations that the protection of human dignity should be an international obligation. For then the relevant basis for decent treatment is the fact of being a person, not of being a national or a stateless or alien person. The consequences of treating human beings like human beings are so far-reaching (e.g. free migration, equal and full rights under any law) that the idea is not likely to be realized in the foreseeable future.”*<sup>1994</sup>

Het is in deze zin dat SAROLEA ervoor pleit om de vreemdeling geheel los te zien van de context van migratie, maar enkel als een persoon die over mensen- en grondrechten beschikt zonder enige discriminatie op basis van nationaliteit of verblijfsstatus.<sup>1995</sup>

849. Ondanks een toenemende juridische beschermingsreflex t.a.v. vreemdelingen en een humanisering van vreemdeling, heeft het klassieke concept van ‘state security’ in mijn ogen nog steeds gegronde bestaansredenen waar het de bescherming van de collectieve belangen van de betrokken Staat en de eigen bevolking nastreeft. De Staat heeft immers een eigen verantwoordelijkheid ten aanzien van de eigen bevolking en het algemeen belang, vooral wat betreft het handhaven van de openbare orde, de nationale veiligheid en het in stand houden van het sociaal en economisch welzijn. Dit zijn allen domeinen die behoren tot de kerntaken van een soevereine Staat en waarvan elke bevolking verwacht dat de Staat ze ter harte neemt. Niettemin, en ondanks een gezond scepticisme over het concept ‘human security’, moet worden vastgesteld dat binnen het asiel- en migratiebeleid de bescherming van de vreemdeling steeds centraler komt te staan net omwille van die toenemende beschermingsreflex, die in grote mate voortvloeit uit een toenemende aandacht voor de mensenrechten en de humanitaire situatie van vreemdelingen die zich al op het grondgebied van een Staat bevinden.<sup>1996</sup> De uitdaging bestaat er dan ook in om het gerechtvaardigde nationaal zelfbelang op billijke wijze te verzoenen met de beschermingsnoden van vreemdelingen die zich op het grondgebied van een Staat bevinden. Of anders gezegd: de uitdaging bestaat in het billijk afwegen van een verantwoordelijkheid van de Staat m.b.t. de bescherming van het algemeen belang tegen een verantwoordelijkheid van de Staat m.b.t. de bescherming van vreemdelingen. Enkel zo kan men zich van een maatschappelijk draagvlak verzekeren.

850. Hierbij moet rekening worden gehouden met het gegeven dat internationale minimumstandaarden, zoals ze in Hoofdstuk 1 van Deel 1 worden beschreven, een fundamentele beperking vormen op de staatssoevereiniteit. Zoals door HATHAWAY gesteld: *“International human rights law is fundamentally a means of delimiting state sovereignty. Human rights establish a benchmark for a government’s right to claim sovereign authority*

---

<sup>1993</sup> A. EDWARDS en C. FERSTMAN, “Humanising non-citizens: the convergence of human rights and human security”, in A. EDWARDS en C. FERSTMAN (eds.), *Human Security and Non-Citizens - Law, Policy and International Affairs*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 45.

<sup>1994</sup> W. LEVI, *Contemporary International Law: a concise introduction*, Boulder, Westview Press, 1979, 176.

<sup>1995</sup> S. SAROLEA, *Droits de l’homme et migrations – De la protection du migrant aux droits de la personne migrante*, Brussel, Bruylant, 2006, 718p.

<sup>1996</sup> C. JOPPKE, “Why liberal states accept unwanted immigration”, *World Politics* 1998, 266-293; J. CARENS, “The rights of irregular migrants”, *Ethics and International Affairs* 2008, p. 163-186.

*over a people*<sup>1997</sup> De humanitaire, pragmatische en vrijblijvende benadering die Staten vroeger hanteerden t.a.v. vreemdelingen met een nood aan bescherming is daardoor geëvolueerd naar een mensenrechtelijke en meer bindende benadering waarbij de nadruk wordt gelegd op het individu en het voorkomen van de schade waaraan het individu zou worden blootgesteld indien hij niet zou worden beschermd. De eerder besproken internationale instrumenten en internationale rechtspraak m.b.t. de bijkomende bescherming van vreemdelingen hebben de autonomie van Staten inzake migratiecontrole deels aan banden gelegd. Vooral de rol van het EVRM en de rechtspraak van het EHRM zijn daarin niet te onderschatten, maar ook het VN-Kinderrechtenverdrag en de instrumenten van de VN en de Raad van Europa m.b.t. mensenhandel hebben internationale minimumstandaarden en normen uitgezet waar Staten rekening mee dienen te houden. De besproken internationale minimumstandaarden hebben steeds meer situaties geïdentificeerd, die buiten het VN-Vluchtelingenverdrag vallen, waarin een vreemdeling een eventuele nood aan bijkomende bescherming kan doen gelden.

851. In dit proefschrift werd voornamelijk gefocust op de bijkomende beschermingsnoden van vreemdelingen die zich op het grondgebied van een lidstaat bevinden en wier nood aan bescherming niet kan worden beantwoord binnen het kader van het VN-Vluchtelingenverdrag. In grote lijnen bestaan er drie motieven waarom aan vreemdelingen bijkomende bescherming wordt verleend. In eerste instantie kan de nood aan bescherming verbonden zijn met omstandigheden in het land van herkomst of terugkeer (*externe bescherming*). In tweede instantie kan de nood aan bescherming verbonden zijn met omstandigheden in de ontvangende Staat (*interne bescherming*). Tenslotte kan de nood aan bescherming verbonden zijn met het kwetsbaar profiel van de vreemdeling én de omstandigheden zowel in het land van herkomst of terugkeer als in de ontvangende Staat (*gemengde bescherming*).

Wat betreft externe bescherming, wordt een vreemdeling in eerste instantie beschermd tegen een individueel reëel risico voor lijf en leden in het land van herkomst of het land van opvang, los van enig verband met de vervolgingsgronden die gelden in het VN-Vluchtelingenverdrag en ongeacht de bron waaruit het reëel risico voor het leven of de fysieke of mentale integriteit voortvloeit. Daarbij wordt in uitzonderlijke gevallen de nadruk gelegd op de veiligheid van de betrokken vreemdeling tegen bedreigingen zoals schrijnende situaties van ontbering, ziekte en veralgemeend geweld, ongeacht of ze door actoren of factoren worden veroorzaakt. Voorts wordt een meer en meer centrale plaats ingenomen door de notie van de “menselijke waardigheid” van de vreemdeling, zijn eventueel kwetsbaar profiel en zijn eventuele minderjarigheid.

Er zijn ook redenen die verband houden met omstandigheden in het land van opvang die aanleiding kunnen geven tot bijkomende bescherming (interne bescherming). Daarbij wordt rekening gehouden met eventuele technische, fysieke of praktische hindernissen die een effectieve verwijdering belemmeren. In uitzonderlijke gevallen kan voorts het recht op de eerbiediging van het privé- en gezinsleven van een vreemdeling op het grondgebied van een Staat bij een illegaal verblijf of bij de beëindiging van een verblijf aanleiding geven tot bijkomende bescherming, waarbij bijzondere aandacht wordt besteed aan het belang van eventuele betrokken kinderen.

Tenslotte kan er nood zijn aan bijkomende bescherming omwille van redenen die zowel verband houden met omstandigheden in het land van herkomst als in het land van opvang

---

<sup>1997</sup> J.C. HATHAWAY, “Reconceiving refugee law as human rights protection”, in V. GOWLLAND & K. SAMSON, *Problems and Prospects of Refugee Law*, Geneva, The Graduate Institute of International Studies, 1992, 9-10.

(gemengde bescherming), m.n. voor wat betreft de situaties van slachtoffers van mensenhandel en niet-begeleide minderjarige vreemdelingen.

852. Hoewel de besproken internationale minimumstandaarden de reikwijdte van de statelijke verantwoordelijkheid tot bescherming hebben uitgebreid door situaties te identificeren waarin er sprake kan zijn van een nood aan bijkomende bescherming, moet anderzijds worden vastgesteld dat deze internationale minimumstandaarden de Staten in principe niet tot meer verplichten dan een essentieel minimum, meerbepaald het niet-verwijderen van de betrokken vreemdeling. De internationale minimumstandaarden, die in wezen neerkomen op verwijderingsbeletselen, zeggen weinig tot niets over de status van deze vreemdelingen en de behandeling van deze vreemdelingen (m.a.w. de inhoud van de bescherming). Een “*protection gap*” werd gedetecteerd: de identificatie van situaties waarin er sprake is van een nood aan bijkomende bescherming door internationale instrumenten en rechtspraak verloopt niet steeds parallel met de toekenning van een corresponderende status en bijhorende verblijfsrechten en/of socio-economische rechten door internationale instrumenten. Een Staat bezit de soevereine bevoegdheid om een status of verblijfsrecht te verbinden aan een niet-verwijdering. Echter, dit betekent niet dat een Staat niet verplicht is om bepaalde basisrechten te verzekeren. De notie ‘menselijke waardigheid’, het beginsel van non-discriminatie, alsook de mensenrechten geven hier een eigen invulling aan de standaard van behandeling van vreemdelingen.

853. In de context van de EU speelt vooral het EVRM daarin een sleutelrol, omdat het, zoals al vermeld, een verplichting tot de eerbiediging van de rechten en vrijheden verzekert aan eenieder die ressorteert onder de rechtsmacht van de verdragsluitende Staten, ongeacht de verblijfsstatus. Vreemdelingen die tegen verwijdering worden beschermd op basis van het EVRM, genieten bijgevolg, wegens hun aanwezigheid op het grondgebied van een verdragsluitende Staat, van een minimumstandaard van behandeling onder het EVRM. Daarenboven mag volgens de rechtspraak van het Hof een Staat niet onverschillig en nalatig zijn t.a.v. een vreemdeling die niet in de mogelijkheid is om te voorzien in de meest elementaire levensbehoeften, zoals voedsel, hygiëne en huisvesting, en die zich daardoor in een situatie van ernstige ontbering en extreme armoede bevindt. Hierdoor komt de menselijke waardigheid zodanig in het gedrang dat het in strijd is met artikel 3 EVRM. Een positieve verplichting voor Staten om hulp te bieden kan daaruit worden afgeleid, maar enkel aan noodlijdende vreemdelingen en in extreme omstandigheden. Het EVRM houdt, in beginsel, geen recht in op de afgifte van een verblijfsrecht of een bepaalde verblijfsvergunning. Anderzijds blijkt uit de rechtspraak van het EHRM dat een verdragsluitende Staat zich niet enkel dient te onthouden van een verwijdering. Er moet voorzichtig gehandeld worden in situaties waarin de aanhoudende weigering van een verblijfsvergunning of het gebrek aan een juridische en/of verblijfstatus van vreemdelingen kan leiden tot een precaire en onzekere situatie. Het komt verdragsluitende Staten toe om een oplossing te bieden die ervoor zorgt dat bv. een illegaal verblijvende vreemdeling zijn recht op eerbiediging van het gezinsleven en/of privéleven daadwerkelijk kan uitoefenen, alsook om erop toe te zien dat een niet-verwijderbare vreemdeling niet in een situatie van extreme armoede of ontbering verzeild raakt. De keuze van het meest geschikte middel om dit doel te bereiken is in beginsel een zaak voor de nationale overheden, maar de toekenning van een verblijfsvergunning met toegang tot socio-economische rechten kan in sommige gevallen een oplossing bieden.

Slachtoffers van mensenhandel en NBM's lijken onder de respectieve internationale instrumenten van de VN en de Raad van Europa dan weer over meer perspectieven te beschikken. Zo kan aan een slachtoffer van mensenhandel een verblijfsvergunning worden verleend, hoewel de Staat kan beslissen of ze dat doet omwille van de persoonlijke situatie van de vreemdeling en/of omwille van zijn bereidheid tot samenwerking. De afgifte van de

verblijfsvergunning opent dan weer de toegang tot een aantal socio-economische rechten. NBM's dienen, volgens het Kinderrechtencomité, ook in het bezit te worden gesteld van een verblijfsstatus indien de enige duurzame oplossing lokale integratie in de ontvangende Staat is. Ook zij genieten van een aantal socio-economische rechten die aan hun specifieke noden beantwoorden. Echter, wat er met hen gebeurt eens ze meerderjarig zijn wordt volledig aan de soevereine bevoegdheid van de Staten gelaten.

854. De invloed van internationale instrumenten en de internationale rechtspraak niet nagelaten, zijn het voornamelijk EU- en nationale ontwikkelingen die aan deze internationale minimumbescherming een ruimere invulling hebben gegeven en een concrete vorm en inhoud hebben toegekend. Immers, het toekennen van een status, van een verblijfsvergunning en van socio-economische rechten in het kader van bijkomende bescherming wordt vandaag, zowel nationaal als internationaal, nog steeds gezien als een bevoegdheid die behoort tot de soevereiniteit van de Staat. In sommige gevallen, wanneer nationale bevoegdheden worden overgeheveld, behoort dit ook tot de bevoegdheid van de Europese Unie.

Zoals reeds besproken, wordt verder in de specifieke context van de Europese Unie in bepaalde situaties waarin er een nood aan bijkomende bescherming geldt, voorzien in meer omvattende EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten- en mechanismen, die meer inhouden dan een loutere niet-verwijdering van de vreemdeling. Er is eveneens toegang tot een beschermingsstatus, een verblijfstatus en socio-economische rechten. Andere bijkomende beschermingsnoden worden dan weer minimaal, gedeeltelijk, beperkt of geheel niet beantwoord door het Unierecht. Daar staat tegenover dat er mogelijkheden bestaan om gunstigere bepalingen te handhaven, zodat ruimere bescherming kan worden geboden. Daarnaast bestaan er in het Unierecht ook impliciete en expliciete mogelijkheden voor lidstaten om eigen nationale bijkomende beschermingsstatuten, bv. omwille van humanitaire redenen of vanuit mededogen, te hanteren.

Uit dit Hoofdstuk 1 van Deel 2 blijkt dat EU-lidstaten onder invloed van de besproken internationale minimumstandaarden, door het besef dat er zich lacunes voordoen op EU-niveau, op grond van humanitaire redenen of vanuit mededogen, alsook vanuit beleidskeuzes op het gebied van migratiebeheer, hun soevereine bevoegdheid aanwenden om te blijven voorzien in nationale bijkomende bescherming. Het opmerkelijk aantal nationale bijkomende beschermingsstatuten en -vormen in de lidstaten van de EU wijst overduidelijk op een nood aan meer bijkomende bescherming dan die binnen het Uniekader beschikbaar is. Een *human security*-benadering t.a.v. andere bijkomende beschermingsnoden tekent zich hier af.

855. Binnen die beleidsruimte die er voor lidstaten in het kader het Unierecht bestaat om op nationaal niveau meer bijkomende bescherming te verlenen aan vreemdelingen, komt het de lidstaten toe om te beslissen hoever ze willen gaan in het opnemen van meer verantwoordelijkheid tot bijkomende bescherming en te bepalen welke inhoud zij verbinden aan de verleende bescherming.

Waar bijkomende beschermingsnoden niet of niet afdoende worden beantwoord vanuit het Unierecht, blijven eventuele geldende internationale minimumstandaarden inzake bijkomende bescherming onverkort gelden en kunnen zij een terugvalbasis vormen die door de lidstaten moet worden gewaarborgd. Het is vervolgens aan de lidstaten om uit te maken of zij zich dan beperken tot die internationale minimumverplichtingen, die in wezen neerkomen op loutere verwijderingsbeletselen, dan wel substantie toevoegen en voorzien in een meer omvattende bescherming. Internationale minimumstandaarden inzake bijkomende bescherming voor vreemdelingen, in zoverre ze nog geen voorwerp uitmaken van een EU-harmonisatie inzake de bijkomende bescherming voor vreemdelingen, verhinderen lidstaten immers niet om een ruimere en meer gunstige bescherming toe te kennen.



Daarnaast staat het de lidstaten vrij om aan andere bijkomende beschermingsnoden, die niet vallen binnen de werkingssfeer van de internationale minimumstandaarden, tegemoet te komen vanuit eigen nationale tradities, vanwege humanitaire redenen of omwille van mededogen. Zij kunnen zich hierin ook laten leiden door pragmatische redenen inzake migratiebeheer en vrij de omvang van de verleende bijkomende bescherming bepalen. Opmerkelijk is dat het EHRM recent naar deze soevereine bevoegdheid van de Staten heeft verwezen om een situatie te remediëren waarin internationale minimumstandaarden als het ware tekortschieten. Nadat het EHRM in het arrest *Josef* oordeelde dat het terugsturen van een jonge moeder, besmet met HIV, met drie jonge kinderen naar Nigeria, waar de toegankelijkheid van een geschikte behandeling vrij onzeker is, toch geen schending uitmaakt van artikel 3 EVRM, verzocht het Hof de betreffende lidstaat, met name België, niettemin om het verblijf van de jonge moeder omwille van sterke humanitaire overwegingen te regulariseren.<sup>1998</sup> Ironisch genoeg beperkt de DVZ de mogelijkheid tot regularisatie op medische gronden tot die gevallen waar een verwijdering van een ernstig zieke persoon aanleiding kan geven tot een schending van artikel 3 van het EVRM, waarover het Hof zich in dit geval dus negatief uitsprak.

De relevante EU regelgeving besteedt geen aandacht aan hoe bijkomende beschermingsnoden, die vallen buiten het Uniecontentieux, procedureel gezien moeten worden beantwoord. Dit betekent dat lidstaten vrij zijn om te kiezen op welke procedurele wijze zij de nood aan bijkomende bescherming zullen bepalen en rechtsbescherming zullen bieden.

856. Het hanteren van EU geharmoniseerde beschermingsstatuten en –praktijken, enerzijds, en nationale bijkomende beschermingsstatuten, anderzijds, stelt lidstaten voor een uitdaging. Het handhaven en/of ontwikkelen van nationale bijkomende beschermingsstatuten vindt heden immers plaats in het kader van een toenemende spanning tussen het prerogatief van Staten inzake migratiecontrole, enerzijds, en de toenemende zorg om de grondrechten van vreemdelingen te waarborgen, anderzijds. De uitdaging ligt er in om het gerechtvaardigde nationaal algemeen belang (*‘state security’*) op billijke wijze te verzoenen met de beschermingsnoden van vreemdelingen (*‘human security’*) die zich op het grondgebied van een Staat bevinden. Enkel zo kan men zich van een maatschappelijk draagvlak verzekeren.

Het hanteren van eerlijke, efficiënte en vereenvoudigde procedures is één van de sleutelementen om de verantwoordelijkheid die een lidstaat eventueel opneemt om bijkomende bescherming te verlenen beheersbaar te houden. Het maatschappelijk en politiek draagvlak om nationale bijkomende bescherming te verlenen aan vreemdelingen kan onderuit worden gehaald indien zulk nationaal beschermingsbeleid niet gepaard gaat met efficiënte en eenvoudige procedures die oneigenlijk gebruik en opzettelijk dan wel onopzettelijk misbruik tegengaan. Het is in die zin dat er in de Belgische context nog verbeteringen mogelijk zijn.

---

<sup>1998</sup> EHRM 27 februari 2014, nr. 70055/10, *Josef v. België*, par. 117-126. Zie eerdere bespreking in Hoofdstuk 1 van Deel 1.



## Hoofdstuk 2. De Belgische casus

### Afdeling 1. Het Belgische beleid t.a.v. humanitaire migratie: een problematische inefficiëntie en complexiteit

857. Het Belgische procedurele kader omtrent 'humanitaire migratie' (d.i. asiel, subsidiaire bescherming en andere humanitaire verblijfsaanvragen) is complex en inefficiënt omwille van volgende elementen:

- de mogelijkheid tot opeenstapeling van asielprocedures, humanitaire verblijfsprocedures en beroepsprocedures;
- de strikte scheiding tussen negatieve asiel- en humanitaire verblijfsbeslissingen, enerzijds, en verwijderingsbeslissingen, anderzijds;
- tekortkomingen in de verdubbelde beroepsprocedure bij de Raad.

Deze elementen worden hierna apart besproken.

#### **§ 1. De mogelijkheid tot opeenstapeling van asielprocedures, humanitaire verblijfsprocedures en beroepsprocedures**

858. Wat betreft de drie grote migratiekanalen in België, is het in de Belgische context zo dat de mogelijkheden voor het aanwenden van de kanalen voor volgmigratie en voor economische migratie duidelijker afgebakend zijn dan de mogelijkheden voor het aanwenden van kanalen die ter beschikking staan van zgn. 'humanitaire migratie'.

De te volgen verblijfsprocedure inzake volgmigratie wordt eenduidig bepaald aan de hand van een aantal parameters, in het bijzonder:

- de nationaliteit van de betrokken vreemdeling (betreft het een EU-burger of een derdelander),
- de nationaliteit van het zich vervoegende gezinslid (betreft het een Belgische burger, een EU-burger is dan wel een derdelander die eventueel werknemer is onder een bilateraal akkoord),
- de gezins- of familierelatie tussen de betrokken vreemdeling en het zich vervoegende gezinslid,
- het type verblijfsrecht van het zich vervoegende gezinslid (beperkt of onbeperkt verblijfsrecht, langdurig ingezetene, houder van een Europese blauwe kaart),
- de hoedanigheid van de zich vervoegende Unieburger (economisch actief, economisch niet-actief, student),
- het indienen van de verblijfsaanvraag in het buitenland of op Belgisch grondgebied.

De te volgen verblijfsprocedure inzake economische migratie wordt eveneens eenduidig bepaald aan de hand volgende parameters:

- de nationaliteit van de betrokken vreemdeling,
- de hoedanigheid van werknemer, zelfstandige of werkzoekende,
- het al dan niet vrijgesteld zijn van de voorwaarde van een arbeidskaart B of beroepskaart,
- de hoedanigheid van grensarbeider of in het bezit zijn van een Europese blauwe kaart voor hoogopgeleide werknemer,
- al dan niet vrijgesteld zijn van de voorwaarde van een visum type D.

Ook de verblijfsprocedure voor studiedoeleinden wordt bepaald aan de hand van de nationaliteit van de betrokken vreemdeling, zijnde Unieburger of derdelander.

Deze parameters bepalen aldus welke verblijfsprocedure moet worden gevolgd. Aangezien deze parameters min of meer statische elementen uitmaken, is het daarom voor wat betreft volmigratie of economische migratie minder eenvoudig om met betrekking tot een gezins- of familiesituatie of met betrekking tot studiedoeleinden dan wel economische doeleinden verschillende verblijfsprocedures achtereenvolgens aan te wenden.

859. Dit is anders voor het kanaal inzake humanitaire migratie. Naast een asielprocedure, die toegang kan geven tot de EU geharmoniseerde beschermingsstatuten, met name de vluchtelingenstatus en de subsidiaire beschermingsstatus, staan er nog een aantal andere humanitaire verblijfsprocedures ter beschikking van de vreemdeling, zoals de verblijfsprocedures omwille van humanitaire<sup>1999</sup> of medische<sup>2000</sup> gronden alsook de verblijfsprocedures voor slachtoffers van mensenhandel en voor slachtoffers van zwaardere vormen van mensensmokkel<sup>2001</sup> en voor niet-begeleide minderjarige vreemdelingen.<sup>2002</sup> Tenslotte kunnen er omstandigheden gelden waarmee de Dienst Vreemdelingenzaken (hierna: DVZ) rekening moet houden bij het nemen van een verwijderingsbeslissing<sup>2003</sup>, kunnen er uitzettingsbeletselen gelden op basis waarvan de verwijdering van een vreemdeling (tijdelijk) moet of mag worden uitgesteld<sup>2004</sup> of op basis waarvan een verlenging van de vertrektermijn kan worden gevraagd.<sup>2005</sup> Hoewel in de Belgische Vreemdelingenwet het asiel- en migratiebeleid in oorsprong een verschillende finaliteit hebben, verwatert deze scheiding tussen asielbeleid en migratiebeleid steeds meer en meer en dit onder invloed van een toenemende beschermingsreflex van vreemdelingen. Immers, de humanitaire migratiekanalen die ter beschikking staan van vreemdelingen situeren zich zowel in het Belgische asielbeleid als in het Belgische migratiebeleid.

860. In 2007 wees BOUCKAERT er reeds op dat er te weinig aandacht werd besteed aan de cumulatie van asielprocedures en humanitaire verblijfsprocedures. Hij stelde: *“Een bepaalde vreemdeling start met een asielprocedure, gaat in beroep bij de Raad van State tegen de negatieve beslissing van het Commissariaat-generaal of de Vaste Beroepscommissie, zijn beroep wordt afgewezen, dient een tweede asielaanvraag in of een regularisatieaanvraag omwille van medische redenen, die ook wordt afgewezen, waartegen soms opnieuw een beroep bij de Raad van State wordt ingediend, start vervolgens een procedure tot erkenning als staatloze of dient een tweede regularisatieaanvraag in, enz. Jarenlang bevinden grote groepen van vreemdelingen zich op die manier in opeenvolgende administratieve en jurisdictionele procedures. En hoewel de minister van Binnenlandse Zaken de betrokkene tijdens het grootste deel van deze termijn als illegale verblijfshouders aanziet, worden deze zelden (met dwang) van het grondgebied verwijderd, zolang er geen uitspraak is gedaan in de lopende procedure(s).”*<sup>2006</sup>

861. De wetgever heeft getracht deze cumulatie van asielprocedures en humanitaire verblijfsprocedures te remediëren. De Vreemdelingenwet voorziet heden een wisselwerking tussen de asielprocedure en de verschillende humanitaire verblijfsprocedures met het doel *“om opeenvolgende procedures die door vreemdelingen op verschillende rechtsgronden*

---

<sup>1999</sup> Art. 9bis Vreemdelingenwet.

<sup>2000</sup> Art. 9ter Vreemdelingenwet.

<sup>2001</sup> Art. 61/2 t.e.m. 61/5 Vreemdelingenwet.

<sup>2002</sup> Art. 61/14 t.e.m. 61/25 Vreemdelingenwet.

<sup>2003</sup> Art. 74/13 Vreemdelingenwet.

<sup>2004</sup> Art. 74/16 en 47/17 Vreemdelingenwet.

<sup>2005</sup> Art. 74/14 Vreemdelingenwet.

<sup>2006</sup> S. BOUCKAERT, *Documentloze vreemdelingen. Grondrechtenbescherming doorheen de Belgische en internationale rechtspraak vanaf 1985*, Antwerpen, Maklu, 2007, 1102.

*worden opgestart, om toch maar een verblijfsvergunning te bekomen, op een juridische wijze te ontmoedigen.”*<sup>2007</sup>

Deze wisselwerking houdt het volgende in:

- Van de vreemdeling wordt verwacht dat hij alle elementen die in een asielprocedure kunnen worden onderzocht, ook daadwerkelijk aanhaalt tijdens de asielprocedure.
- De elementen die worden aangehaald ter ondersteuning van een asielaanvraag die door het Commissariaat-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen (hierna: CGVS) en de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (hierna: Raad) werden verworpen, kunnen niet meer gebruikt worden ter ondersteuning van een aanvraag tot machtiging van verblijf op basis van humanitaire gronden of medische gronden.<sup>2008</sup>
- Een uitzondering hierop zijn elementen die verworpen werden door de asieldiensten omdat ze vreemd zijn aan de criteria van het VN-Vluchtelingenverdrag of de subsidiaire bescherming (bv. elementen die wijzen op een zekere band met België<sup>2009</sup>) of omdat de beoordeling ervan niet behoort tot de bevoegdheid van de asieldiensten (bv. medische gronden<sup>2010</sup>).
- De vreemdeling kan voorts bij een aanvraag tot machtiging van verblijf geen elementen aanhalen die reeds in de loop van de asielprocedure hadden moeten worden ingeroepen, aangezien ze reeds bestonden en gekend waren voor het einde van deze procedure.<sup>2011</sup>
- Een vreemdeling kan geen elementen aanhalen die reeds werden ingeroepen bij andere procedures tot machtiging van verblijf, bv. de vreemdeling kan geen medische gronden inroepen in het kader van een aanvraag tot machtiging van verblijf wegens humanitaire gronden.<sup>2012</sup>
- Tenslotte kan de vreemdeling voorts geen nieuwe aanvraag indienen tot het bekomen van een machtiging van verblijf op grond van dezelfde bepaling door dezelfde elementen aan te halen (herhaalde aanvragen).<sup>2013</sup>

Zoals eerder gesteld, komt het dus in het beginsel aan de vreemdeling toe om, rekening houdend met de motieven voor de immigratie naar of het illegaal verblijf in België en zijn specifieke situatie, na te gaan op welk beschermings- en verblijfsstatuut hij zich wil beroepen.

862. De praktijk wijst echter uit dat de ontmoedigingen die in de Vreemdelingenwet zijn voorzien om humanitaire verblijfsprocedures opeen te stapelen, hun doel missen. Anno 2014 is het niet ongebruikelijk dat de asielprocedure en de verschillende beschikbare humanitaire verblijfsprocedures achtereenvolgens, terzelfdertijd en meerdere malen worden aangewend. De voorbeelden van vreemdelingen die meerdere asielaanvragen en meerdere

---

<sup>2007</sup> Memorie van toelichting, Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl. St.* Kamer 2005-2006, nr. 51-2478/001, 33-34 en 36.

<sup>2008</sup> Art. 9bis, § 2, 1° en art. 9ter, § 3, 5°, Vreemdelingenwet. Dit betekent, volgens VANHEULE, dat een asielzoeker die wordt uitgesloten van de vluchtelingenstatus of de subsidiaire beschermingsstatus in beginsel geen aanvraag om machtiging tot verblijf zal kunnen indienen op basis van humanitaire gronden, aangezien de elementen die hij zal aanhalen voor het verkrijgen van een humanitaire verblijfsvergunning, dezelfde gronden zijn op dewelke hij zich heeft gebaseerd om een asielaanvraag in te dienen. Dit belet evenwel niet dat de (directe of indirecte) verwijdering naar het land van herkomst uitgesloten blijft en de vreemdeling minstens van een de facto recht op verblijf zal moeten kunnen genieten. D. VANHEULE, “Asiel in België: vluchtelingen- en subsidiaire beschermingsstatus”, in M.-C. FOBLETS, S. LUST, D. VANHEULE en Ph. DE BRUYCKER (eds.), *Migratie- en migrantenrecht, deel 12. De nieuwe Vreemdelingenwet: België in lijn met de Europese regelgeving*, Brugge, die Keure, 2007, 267.

<sup>2009</sup> Dit voorbeeld wordt aangehaald door de Memorie van toelichting, zie *supra* noot 2007, 33.

<sup>2010</sup> Dit voorbeeld wordt aangehaald door de Memorie van toelichting, zie *supra* noot 2007, 34. De Belgische wetgever meent dat de bescherming van een vreemdeling die ernstig ziek is kan beantwoorden aan de criteria van subsidiaire bescherming, maar heeft ervoor gekozen om de beoordeling van aanvragen van ernstig zieke vreemdelingen over te laten aan de DVZ en niet toe te vertrouwen aan de bevoegdheid van het CGVS.

<sup>2011</sup> Art. 9bis, § 2, 2° en art. 9ter, § 3, 5°, Vreemdelingenwet.

<sup>2012</sup> Art. 9bis, § 2, 4° en art. 9ter, § 3, 5°, Vreemdelingenwet.

<sup>2013</sup> Art. 9bis, § 2, 3° en 9ter, § 3, 5°, Vreemdelingenwet.

verblijfsaanvragen in het kader van artikel 9bis én artikel 9ter van de Vreemdelingenwet hebben ingediend zijn dan ook talrijk. Het is mede door dit type gebruik van de asielprocedure en de beschikbare humanitaire verblijfsprocedures dat de scheiding tussen het Belgische asiel- en migratiebeleid onder druk wordt gezet. Een negatieve asielbeslissing of verblijfsbeslissing wordt verder in de regel gevolgd door een beslissing die de vreemdeling beveelt om het grondgebied te verlaten. Een vreemdeling die op onsuccesvolle wijze achtereenvolgens en herhaaldelijk gebruik maakt van de asielprocedure en de humanitaire verblijfsprocedures, zal niet enkel negatieve asielbeslissingen en verblijfsbeslissingen opeenstapelen maar ook bevelen om het grondgebied te verlaten. Tegen elke negatieve uitkomst in een asielprocedure of een humanitaire verblijfsprocedure, alsook tegen elk bevel om het grondgebied te verlaten, kan een beroep worden ingediend bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen. Dit betekent dat een vreemdeling naast het opeenstapelen van asielprocedures, humanitaire verblijfsprocedures, negatieve asielbeslissingen en verblijfsbeslissingen en bevelen om het grondgebied te verlaten, ook beroepsprocedures kan opeenstapelen. In het licht van de verdubbelde beroepsprocedure bij de Raad, verschilt de omvang van het beroep al naargelang de beslissing die wordt aangevochten. Hoewel voor wat betreft humanitaire migratie de scheiding tussen asielbeleid en migratiebeleid in de praktijk steeds meer en meer verwatert, blijft deze scheiding voor wat betreft de beschikbare beroepsprocedures wel strikt gehanteerd. Het opeenstapelen van beroepsprocedures kan inhouden dat t.a.v. dezelfde vreemdeling bepaalde beslissingen worden bekeken in het licht van de hervormingsbevoegdheid van de Raad dan wel in het licht van de annulatiebevoegdheid van de Raad. Tenslotte blijkt ook dat vreemdelingen de uitkomst van de beroepsprocedures niet afwachten, maar nieuwe aanvragen blijven indienen, aangezien de Vreemdelingenwet niet verbiedt dat opeenvolgende aanvragen op grond van eenzelfde wettelijke basis of rechtsgrond worden ingediend.

## **§ 2. De strikte scheiding tussen negatieve asielbeslissingen en humanitaire verblijfsbeslissingen, enerzijds, en verwijderingsbeslissingen, anderzijds**

863. Omdat de negatieve beslissingen die worden genomen m.b.t. een asielaanvraag of andere humanitaire verblijfsaanvragen geen verwijderingsbeslissingen inhouden, dienen daartoe aparte verwijderingsbeslissingen te worden genomen. Deze verwijderingsbeslissingen worden in de regel genomen nadat negatief wordt beslist over de asielaanvraag of de humanitaire verblijfsaanvraag, maar zij kunnen ook reeds worden genomen voor of op het moment dat een asielaanvraag of een humanitaire verblijfsaanvraag wordt ingediend. De negatieve asielbeslissingen en humanitaire verblijfsbeslissingen, enerzijds, en de verwijderingsbeslissingen, anderzijds, worden in afzonderlijke akten opgenomen en hebben elk hun eigen specifieke motivering.

De negatieve asiel- of humanitaire verblijfsbeslissing spreekt zich in de regel ook niet uit over de eventuele verwijderingsbeslissing die kan volgen. De vraag om nood aan bescherming wordt hierdoor losgekoppeld van de beoordeling van de mogelijkheid tot verwijdering. Daardoor kan er een zekere spanning ontstaan tussen een negatieve asielbeslissing of humanitaire verblijfsbeslissing, enerzijds, en de daaropvolgende verwijderingsbeslissing, anderzijds. Deze spanning komt voornamelijk tot uiting bij het indienen en het behandelen van beroepen die worden ingediend tegen negatieve asiel- en humanitaire verblijfsbeslissingen en bijhorende verwijderingsbeslissingen.

### **A. De negatieve asielbeslissing vs. verwijderingsbeslissing**

864. De Vreemdelingenwet voorziet dat asielzoekers die worden vastgehouden reeds onmiddellijk bij het indienen van de asielaanvraag een bevel om het grondgebied te verlaten – asielzoeker, ontvangen.<sup>2014</sup> In de gevallen waarin het CGVS een asielaanvraag niet in overweging neemt, het CGVS de vluchtelingenstatus weigert te erkennen en ook de subsidiaire beschermingsstatus weigert toe te kennen, bepaalt de Vreemdelingenwet dat de DVZ vervolgens aan de vreemdeling, die onregelmatig in het Rijk verblijft, onverwijld een bevel om het grondgebied te verlaten – asielzoeker (de zgn. bijlage 13<sup>quinquies</sup>) moet afgeven.<sup>2015</sup> Ook wanneer de Raad het beroep van de vreemdeling tegen een asielbeslissing genomen door het CGVS verwerpt en de vreemdeling onregelmatig in het Rijk verblijft, moet de DVZ onverwijld tot een verlenging van het eerder afgeleverde bevel om het grondgebied te verlaten – asielzoeker overgaan.<sup>2016</sup> De termijn van deze verlenging bedraagt tien dagen, en is tweemaal verlengbaar op voorwaarde dat de vreemdeling voldoende meewerkt aan zijn terugkeertraject. Deze regeling doet verder geen afbreuk aan de overige mogelijkheden tot verlenging van het bevel voorzien in de Vreemdelingenwet. Hoewel het de bedoeling is dat slechts één bevel wordt afgegeven<sup>2017</sup>, blijkt uit de praktijk dat bij de afwijzing van het beroep tegen de asielbeslissing door de Raad veelal een nieuw bevel wordt afgeleverd, meestal voorzien van een vrijwillige vertrektermijn van tien dagen. Tenslotte bestaat er ook nog de

---

<sup>2014</sup> Art. 52/3, § 3, Vreemdelingenwet.

<sup>2015</sup> Art. 52/3, § 1, Vreemdelingenwet.

<sup>2016</sup> Art. 52/3, § 2, Vreemdelingenwet.

<sup>2017</sup> Memorie van toelichting bij Wetsontwerp van 11 december 2012 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl.St.* Kamer 2012-2013, doc. nr. 53-2555/001, 18.

mogelijkheid voor de DVZ om een gewoon bevel om het grondgebied te verlaten (zgn. bijlage 13) af te geven.<sup>2018</sup>

#### a.) De gebonden bevoegdheid tijdens de lopende asielprocedure

865. Het gegeven dat een verwijderingsbeslissing kan worden genomen nog vóór het CGVS zich heeft uitgesproken over de asielaanvraag of vóór de Raad zich heeft uitgesproken over het beroep tegen de negatieve asielbeslissing, kan in theorie problemen creëren voor een effectieve rechtsbescherming. In deze gevallen zal een beroep tegen de verwijderingsbeslissingen door de Raad gewoonlijk worden verworpen als onontvankelijk bij gebrek aan belang. Immers, wanneer er sprake is van een gebonden bevoegdheid, d.i. een verplichting in hoofde van de DVZ tot afgifte van een bevel, dan stelt de Raad dat een nietigverklaring van de beslissing de verzoeker geen voordeel kan opleveren.<sup>2019</sup> Wanneer de verzoeker hogere normen inroept, zoals artikel 3 van het EVRM, dan wordt in de rechtspraak van de Raad verwezen naar het feit dat ofwel de asielaanvraag nog moet worden behandeld door het CGVS<sup>2020</sup>, ofwel dat een beroep bij de Raad tegen een negatieve asielbeslissing openstaat, zodat een grief in die stand van zaken niet aannemelijk wordt gemaakt. Daarenboven wordt benadrukt dat zowel tijdens de behandeling van de asielaanvraag door het CVGS als tijdens het onderzoek van het beroep door de Raad er geen enkele maatregel tot verwijdering van het grondgebied of teruggedrijving gedwongen mag worden uitgevoerd.<sup>2021</sup>

866. Het is voor een vreemdeling dus niet nuttig om een beroep in te dienen tegen een verwijderingsbeslissing vóór de Raad zich heeft uitgesproken over het beroep tegen de negatieve asielbeslissing. Het indienen van een beroep tegen een verwijderingsbeslissing terwijl de asielaanvraag nog wordt behandeld door het CGVS of terwijl het beroep nog hangende is bij de Raad, creëert het risico dat de Raad zich reeds over de verwijderingsbeslissing uitsprekt. Wanneer het bevel dan later op gedwongen wijze wordt uitgevoerd, dan kan in beginsel het bevel niet meer dienstig worden aangevochten. Een tweede beroep tegen hetzelfde bevel miskent immers het gezag van gewijsde indien door de Raad reeds een uitspraak werd gedaan over het bevel. Het principe van gezag van gewijsde verhindert dat een gelijkaardig of hetzelfde beroep opnieuw ter beoordeling aan de Raad wordt voorgelegd. Het beroep tegen een verwijderingsbeslissing wordt dus best ingediend nadat de Raad zich heeft uitgesproken over het beroep tegen de negatieve asielbeslissing, maar dan loopt men het risico dat inmiddels de toegekende beroepstermijn is verstreken.

867. Recent oordeelde de Franstalige afdeling van de Raad van State dat een vreemdeling geen belang heeft bij een beroep tegen een verwijderingsbeslissing wanneer hij, n.a.v. een hervormingsberoep bij de Raad tegen de negatieve asielbeslissing van het CGVS, in het bezit wordt gesteld van een bijlage 35, dat een bijzonder verblijfsdocument is.<sup>2022</sup> Op basis van dit bijzonder verblijfsdocument mag de vreemdeling op het grondgebied van het Rijk verblijven in afwachting van een beslissing van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen m.b.t. zijn asielaanvraag. De Franstalige afdeling van de Raad van State oordeelt dat de afgifte van deze bijlage 35 in wezen neerkomt op een impliciete intrekking van het eerder afgegeven bevel: *“que la délivrance d’une telle autorisation de séjour même temporaire et précaire est incompatible avec l’ordre de quitter le territoire notifié le 29 juin 2012 et implique le retrait implicite de celui-ci; (...) Considérant qu’autorisé au séjour dans le Royaume, fût-ce pour le*

---

<sup>2018</sup> Art. 7 Vreemdelingenwet.

<sup>2019</sup> RvV 29 juli 2013, nr. 107.496.

<sup>2020</sup> RvV 14 maart 2014, nr. 120.675.

<sup>2021</sup> Art. 39/70 Vreemdelingenwet en art. 75, § 1 en art. 111 vreemdelingenbesluit. Zie bv. RvV 6 maart 2013, nr. 98.426 en RvV 10 januari 2013, nr. 94.691.

<sup>2022</sup> Art. 111 vreemdelingenbesluit.



*temps de la procédure mue devant le Conseil du contentieux des étrangers contre le refus opposé à sa demande d'asile, le requérant n'a pas d'intérêt à poursuivre la cassation de l'arrêt qui rejette son recours tendant à l'annulation d'une mesure d'éloignement du territoire dont ladite autorisation de séjour implique le retrait implicite; que le recours est, partant, irrecevable à défaut d'intérêt (...).*"<sup>2023</sup> Het is niet geheel duidelijk hoe deze arresten zich verhouden tot de gebonden bevoegdheid vastgesteld in artikel 52/3 van de Vreemdelingenwet en de verlenging van het eerder afgegeven bevel na een verwerpingsarrest van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen; de Nederlandstalige afdeling van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen zit alleszins niet op de lijn van de Franstalige afdeling van de Raad van State.<sup>2024</sup> In elk geval bevestigt deze uiteenlopende rechtspraak dat de afgifte van een verwijderingsbeslissing vooraleer de asielprocedure volledig doorlopen is, problematisch is. In het licht van rechtsbescherming, lijkt het mij nuttiger om een verwijderingsbeslissing pas af te geven wanneer de asielprocedure in eerste aanleg en in beroepsaanleg is afgerond.

#### b.) De gebonden bevoegdheid na het afronden van de asielprocedure

868. Zoals eerder vermeld leidt de afronding van de asielprocedure bij het CGVS en de Raad ertoe dat de DVZ, meestal op basis van een gebonden bevoegdheid, een eerder afgeleverd bevel zal verlengen of een nieuw bevel zal nemen. Bij deze verlenging of nieuwe afgifte van een bevel is er veelal geen onderzoek naar de aanwezigheid van eventuele andere beschermingsgronden of uitzettingsbeletselen in een bepaald individueel geval.<sup>2025</sup> Uit de praktijk blijkt dat de DVZ zich in de motivering van een verlenging of nieuwe afgifte van een verwijderingsbeslissing in beginsel beperkt tot een verwijzing naar de negatieve beslissingen van het CGVS en de arresten van de Raad m.b.t. de asielaanvraag. Een enkele verwijzing naar de uitkomst van de asielprocedure betekent echter dat men voortgaat op een beperkte beoordeling van artikel 3 EVRM. Bij de beoordeling van een asielaanvraag doen het CGVS en de Raad immers enkel uitspraak over een eventuele aanwezigheid van een nood aan internationale bescherming omwille van vervolging of een reëel risico op ernstige schade in het land van herkomst, zoals nader bepaald in de artikelen 48/3 en 48/4 van de Vreemdelingenwet. De negatieve asielbeslissing van het CGVS blijft daartoe beperkt en er is in beginsel geen uitspraak over de eventuele gevolgen van een verwijdering. Ook tijdens het onderzoek van het beroep tegen een negatieve asielbeslissing zal de Raad zich enkel buigen over de nood aan bescherming omwille van vervolging of een reëel risico op ernstige schade in het land van herkomst, en in beginsel geen uitspraak doen over de gevolgen van een eventuele verwijdering.

869. In zoverre de asielzoeker nog over een aanvechtbare verwijderingsbeslissing beschikt, kan men zich afvragen wat het nut is om in een beroep tegen deze verwijderingsbeslissing een schending van artikel 3 van het EVRM aan te voeren, nu artikel 3 EVRM in het kader van de Kwalificatierichtlijn een grond vormt voor de toekenning van subsidiaire bescherming en werd omgezet in artikel 48/4 van de Vreemdelingenwet. Is het non-refoulementbeginsel nog steeds een relevant overwegingselement voor de beoordeling van een verwijderingsbeslissing nadat er een negatieve asielbeslissing is geweest die door de Raad werd bevestigd? De Vreemdelingenwet zelf, de Belgische rechtspraak en -praktijk suggereren dat artikel 3 EVRM nog steeds een rol speelt bij verwijderingsbeslissingen, meer bepaald als uitzettingsbeletsel, en dit omwille van de beperktheid van het onderzoek naar de gegrondheid van een asielaanvraag of het gebrek aan enig onderzoek van de asielaanvraag.

---

<sup>2023</sup> RvS 19 november 2013, nr. 225.524 en RvS 11 maart 2014, nr. 226.683.

<sup>2024</sup> RvV 10 september 2014, nr. 129.102; RvV 18 september 2014, nrs. 129.615 en 129.617.

<sup>2025</sup> Dit kan leiden tot een zgn. "protection gap". Zie hierover F. VOGELAAR, "'Protection gap' in de asielprocedure", *T. Vreemd.* 2013, 55-66.

870. Vooreerst moet worden onderlijnd dat het onderzoek van de asielaanvraag in het licht van artikelen 48/3 en 48/4 van de Vreemdelingenwet beperkt is tot de beoordeling of er sprake is van vervolging of ernstige schade door *actoren*. Ernstige schade die het gevolg is van *factoren of omstandigheden*, zoals een ernstige ziekte, vallen niet onder de werkingsfeer van de artikelen 48/3 en 48/4 van de Vreemdelingenwet.<sup>2026</sup>

871. Voorts kan ook worden gewezen op de bijzondere situatie van vreemdelingen die geen toegang krijgen tot de asielprocedure omwille van redenen van openbare orde. De DVZ kan de toegang tot of het verblijf op het grondgebied aan een asielzoeker weigeren wanneer er ernstige redenen zijn om hem te beschouwen als een gevaar voor de openbare of nationale veiligheid.<sup>2027</sup> Bijgevolg heeft de vreemdeling geen enkele toegang tot de asielprocedure meer. De DVZ is daarom verplicht om het advies van het CGVS te vragen m.b.t. de asielaanvraag en m.b.t. de vraag of de verwijdering conform het vluchtelingenverdrag of de subsidiaire bescherming is (de zgn. niet-terugleidingsclausule of NTC).

872. In dezelfde orde bevindt zich de situatie van vreemdelingen die worden uitgesloten van de vluchtelingen- of subsidiaire beschermingsstatus. Verder kan de bevoegde minister het CGVS verzoeken om de reeds toegekende subsidiaire beschermingsstatus in te trekken wanneer later blijkt dat deze vreemdeling uitgesloten had moeten zijn.<sup>2028</sup> Hoewel de minister een initiatiefrecht heeft, blijft de beslissingsbevoegdheid voor de toepassing van een uitsluitingsgrond *post facto* bij het CGVS. Indien de intrekking plaatsvindt tijdens het verblijf van beperkte duur (dus: de eerste vijf jaar na de toekenning van het subsidiair beschermingsstatuut), kan de minister een bevel om het grondgebied te verlaten nemen. Daarom moet het CGVS in zijn beslissing tot intrekking een advies voorzien over de vraag of een verwijderingsmaatregel naar het land van herkomst in overeenstemming is met artikel 3 EVRM.<sup>2029</sup> Ook wanneer een asielaanvraag zonder voorwerp wordt verklaard nadat een vreemdeling een onbeperkt verblijf heeft verworven en er een beslissing tot uitzetting of terugwijzing wordt genomen, dient een advies te worden verleend m.b.t. artikel 3 EVRM.<sup>2030</sup> Vreemd genoeg voorziet de Belgische Vreemdelingenwet niet in zulk advies m.b.t. het risico bij terugkeer in die gevallen waarin vreemdelingen tijdens het onderzoek van de asielaanvraag van de vluchtelingen- of subsidiaire beschermingsstatus worden uitgesloten<sup>2031</sup>, noch in het geval waarin de vluchtelingenstatus wordt ingetrokken wegens een *post facto* toepassing van de uitsluitingsclausule. In de praktijk zal het CGVS ook in deze gevallen steeds een advies met betrekking tot verwijdering en non-refoulement in de uitsluitings- of intrekkingbeslissing voegen.<sup>2032</sup>

873. Daarnaast is er het vraagstuk van de afgewezen kwetsbare asielzoekers waarvoor het CGVS veelal een humanitaire clausule invoegt in hun negatieve asielbeslissing. Het CGVS kan op eigen initiatief een humanitaire clausule toevoegen aan de weigeringsbeslissing op de asielaanvraag, die de aandacht van de bevoegde minister en de DVZ vestigt op de kwetsbare situatie van een afgewezen asielzoeker.<sup>2033</sup> Meestal wordt een dergelijke humanitaire clausule

---

<sup>2026</sup> Ernstig zieke vreemdelingen die vallen onder het toepassingsgebied van artikel 9ter Vreemdelingenwet worden in artikel 48/4 Vreemdelingenwet uitdrukkelijk uitgesloten.

<sup>2027</sup> Art. 52/4 Vreemdelingenwet. Zie Rvs 25 juli 2000, *T. Vreemd*. 2001, 123-130, noot L. DENYS.

<sup>2028</sup> Art. 49/2, § 4, en art. 57/6, 6°, Vreemdelingenwet.

<sup>2029</sup> Art. 49/2, § 5, Vreemdelingenwet.

<sup>2030</sup> Art. 55 Vreemdelingenwet.

<sup>2031</sup> Art. 57/6, 5°, Vreemdelingenwet.

<sup>2032</sup> Zie bevindingen in MAES, D. VANHEULE en M.-C. FOGLETS, *EU and non-EU harmonised protection statuses in Belgium – Belgium national report*, Study made for the Belgian National Contact Point to the European Migration Network, December 2009 (summary update: May 2011), 30-31 en voetnoot 51, <http://emn.intrasoft-intl.com/html/index.html>.

<sup>2033</sup> Zie bevindingen in MAES, D. VANHEULE en M.-C. FOGLETS, *EU and non-EU harmonised protection statuses in Belgium – Belgium national report*, Study made for the Belgian National Contact Point to the European Migration Network, December 2009 (summary update: May 2011), 40, <http://emn.intrasoft-intl.com/html/index.html>.

getroffen t.a.v. hoogzwangere vrouwen, zieke vreemdelingen of andere kwetsbare personen. Indien het een niet-begeleide minderjarige vreemdeling betreft, zal het CGVS wijzen op het Kinderrechtenverdrag. In andere situaties kan het CGVS wijzen op het beginsel van de eenheid van het gezin.

874. Een ander vraagstuk situeert zich rond vreemdelingen waarvan de asielaanvraag niet kan worden onderzocht omdat deze geen reëel zicht biedt op hun profiel, de regio van herkomst, hun nationaliteit(en) en eerdere verblijfplaatsen in andere landen en de eventuele problemen die daaruit voortvloeien.<sup>2034</sup> Bijgevolg kunnen het CGVS en de Raad niet met zekerheid de reële situatie van de asielzoeker en zijn eventuele nood aan bescherming vaststellen. De Raad meent dat de vaststelling dat een verzoeker de waarheid niet vertelt over waar hij voor zijn vlucht naar België verbleef, wel degelijk van belang is om de hoedanigheid van vluchteling en de toekenning van de subsidiaire beschermingsstatus te beoordelen. Het risico op vervolging of ernstige schade moet immers beoordeeld worden ten aanzien van het land waarvan hij de nationaliteit bezit. Volgens de Raad kan er mogelijks geen nood zijn aan internationale bescherming als een persoon de nationaliteit van verschillende landen bezit en hij in één van deze landen op bescherming kan rekenen. De Raad meent ook dat een verzoeker zijn belang verliest om de erkenning van de hoedanigheid van vluchteling of de toekenning van de subsidiaire beschermingsstatus te vragen, als blijkt dat hij reeds in een ander land als vluchteling erkend is of in een andere lidstaat van de Europese Unie subsidiaire bescherming of een daaraan gelijkwaardige bescherming heeft verkregen. Zelfs indien de nationaliteit van de verzoeker niet wordt betwist, maar er geen zicht wordt geboden op de bovenvermelde elementen en het niet onwaarschijnlijk is dat de verzoeker de nationaliteit van een ander land bezit of in een ander land een beschermingsstatus geniet, dan wordt het asielrelaas vaak als onaannemelijk beschouwd. Het CGVS en de Raad zullen besluiten dat de nood aan bescherming niet kan worden vastgesteld. Met andere woorden, het CGVS en de Raad oordelen dan dat er geen beoordeling kan gemaakt worden van de vrees voor vervolging en het reële risico op ernstige schade in het land van herkomst of in het land van gewoonlijke verblijfplaats.<sup>2035</sup>

VOGELAAR wijst er terecht op dat in het kader van subsidiaire bescherming de schade uit de foltering of onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing zoals bedoeld in artikel 3 EVRM gekoppeld wordt aan het land van herkomst van de asielzoeker. VOGELAAR stelt: *“De voorwaarde over het land van herkomst volgt uit artikel 48/4 Vw. zelf en uit artikel 2 (e) Kwalificatierichtlijn 2004/83/EG (hierna ‘Kwalificatierichtlijn’). Deze voorwaarde is niet terug te vinden in artikel 3 EVRM. Hierdoor wordt de toets in het kader van subsidiaire bescherming beperkt tot het risico op ernstige schade in het land van herkomst. En als dat land van herkomst niet zou kunnen worden vastgesteld (m.n. het land van nationaliteit of van de gewoonlijke verblijfplaats) stoppen de asielinstanties daar met het onderzoek. In de beslissing tot onmogelijkheid om het land van herkomst vast te stellen, nemen de instanties verder niet in overweging naar welk land men daadwerkelijk (gedwongen) zal moeten terugkeren. Het CGVS en de RvV in volle rechtsmacht houden met andere woorden geen rekening met het land van bestemming bij eventuele verwijdering (...) De huidige regelgeving en bevoegdheden dwingen het CGVS en de RvV in volle rechtsmacht er ook niet toe om eventuele verwijderingsmaatregelen mee te nemen in hun onderzoek of overwegingen. Zij moeten enkel de asielaanvraag beantwoorden. Wanneer de asielzoeker geen zicht biedt op zijn reële verblijfssituatie in het verleden kunnen zij de vraag naar de nood aan bescherming op basis van de artikelen 48/3 en 48/4 Vw. onbeantwoord laten. In*

---

<sup>2034</sup> Zie hierover RvV 24 juni 2010, Algemene Vergadering, nrs. 45.395 en 45.397.

<sup>2035</sup> RvV 24 juni 2011, nr. 63.757; RvV 23 maart 2012, nr. 78.453; 29 april 2013, nr. 102.011; RvV 18 juni 2013, nr. 105.242 en RvV 19 juni 2013, nr. 105.255.

*de huidige situatie komt daarmee de vraag naar het risico bij effectieve terugkeer ter beoordeling toe aan DVZ en de RvV in annulatie.*<sup>2036</sup>

875. In de hierboven beschreven situaties kan de gedwongen uitvoering van een verwijderingsbeslissing de mogelijkheid inhouden dat de afgewezen en uitgeprocedeerde asielzoekers bij terugkeer naar het land van herkomst of een ander derde land worden blootgesteld aan het reële risico op directe dan wel indirecte refoulement.

Er wordt dan ook met betrekking tot de verplichting voor DVZ tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten op basis van artikel 52/3 van de Vreemdelingenwet, opgemerkt dat: *“(...) het bevel om het grondgebied te verlaten niet uitvoerbaar is indien de effectieve terugkeer van de vreemdeling een schending met zich zou brengen van de artikelen 3 en 8 van het EVRM. De vreemdeling die het voorwerp uitmaakt van een verwijderingsmaatregel mag in geen geval verwijderd worden naar het land waar hij een reëel risico loopt om blootgesteld te worden aan een schending van het beginsel van non refoulement. Artikel 3 van het EVRM dient geëerbiedigd te worden bij de tenuitvoerlegging van een bevel om het grondgebied te verlaten (arrest Kastrati van het Grondwettelijk Hof nr. 141/2006 van 20 september 2006).*<sup>2037</sup> In de praktijk zal de DVZ in beginsel niet zelf overgaan tot een onderzoek naar een reëel risico op de schending van het non-refoulementbeginsel bij de verlenging of nieuwe afgifte van een bevel, noch bij het uitvoeren van de verwijderingsbeslissing, hoewel bijvoorbeeld uit artikel 3 EVRM niettemin een onderzoeksplicht voortvloeit wanneer er aanwijzingen zijn over een eventueel risico bij terugkeer, bijvoorbeeld omdat de veiligheidssituatie in het land van herkomst plots drastisch is gewijzigd.<sup>2038</sup> Ook voor artikel 8 EVRM geldt een onderzoeksplicht.<sup>2039</sup>

Tenslotte valt op te merken dat er een beroep tot nietigverklaring bij het Grondwettelijk Hof werd ingediend tegen deze gebonden bevoegdheid van de DVZ, waarbij de ontstentenis van een beoordelingsbevoegdheid van de DVZ ten aanzien van de opportuniteit van de afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten wordt aangeklaagd.<sup>2040</sup>

### c.) De (niet-)samenhang van verwijderings- en negatieve asielbeslissingen

876. De Algemene Vergadering van de Raad meent dat een hervormingsberoep tegen een negatieve beslissing van het CGVS en een annulatieberoep tegen het bevel om het grondgebied te verlaten – asielzoeker (bijlage 13<sup>quinquies</sup>), niet onder de vorm van één enkel verzoekschrift kunnen worden ingediend.<sup>2041</sup> Hoewel de Raad toegeeft dat er een direct verband bestaat tussen beide bestreden beslissingen (d.i. de negatieve asielbeslissing en het bevel), waarbij de tweede werd genomen na de eerste, is de Raad van oordeel dat: *“dit verband alleen niet volstaat om aan te tonen dat de weerslag van de gedane vaststellingen of van de ten aanzien van de eerste bestreden beslissing genomen beslissingen op het resultaat van de andere, van die aard zou zijn dat het, in het belang van een goede rechtsbedeling, zou opleggen beide te behandelen in het kader van één beroep”*. Het gegeven dat de bevelen om het grondgebied te verlaten – asielzoeker (bijlage 13<sup>quinquies</sup>) in wezen vervolgbeslissingen zijn van de beslissingen van het CGVS waarbij de ingediende asielaanvragen negatief werden beëindigd, wat ook uitdrukkelijk in de bevelen wordt vermeld,

---

<sup>2036</sup> F. VOGELAAR, “‘Protection gap’ in de asielprocedure”, *T. Vreemd.* 2013, 56.

<sup>2037</sup> Memorie van toelichting bij Wetsontwerp van 11 december 2012 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl.St. Kamer* 2012-2013, doc. nr. 53-2555/001, 18.

<sup>2038</sup> Zie de relevante rechtspraak van het EHRM in Hoofdstuk 1 van Deel 1.

<sup>2039</sup> Zie de relevante rechtspraak van het EHRM in Hoofdstuk 1 van Deel 1.

<sup>2040</sup> GwH, hangende zaak nr. 5857.

<sup>2041</sup> RvV 28 juni 2013, Algemene Vergadering, nrs. 106.153, 106.154, 106.155 en 106.156.

doet de Raad niet anders beslissen.<sup>2042</sup> De Raad argumenteert dat zowel de hervormingsprocedure als de annulatieprocedure immers volgens geëigende specifieke modaliteiten en termijnen verlopen, waardoor de gezamenlijke afhandeling van beide beroepen als gevolg van de combinatie ervan in één enkel verzoekschrift niet verenigbaar is met een goede rechtsbedeling en hiervoor zelfs een hinderpaal vormt. Bovendien werden in de Vreemdelingenwet bepalingen voorzien die de effectiviteit van de rechtsmiddelen verzekeren in geval van afzonderlijke indiening van beide beroepen en die de belangen van de verzoekende partij tijdens de behandeling van het schorsende hervormingsberoep vrijwaren. De Raad verwijst naar artikel 39/80 van de Vreemdelingenwet, dat bepaalt: *“Indien een beroep tot nietigverklaring van een beslissing tot toegang of tot verblijf samenhangt met een beroep tegen een beslissing van de commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen, heeft de behandeling van het laatstgenoemde beroep voorrang. In voorkomend geval kan de Raad evenwel in het belang van een goede rechtsbedeling beslissen dat hetzij beide beroepen samen worden behandeld en afgedaan, hetzij beslissen dat het onderzoek van het beroep tot nietigverklaring wordt opgeschort totdat een definitieve beslissing over het beroep in volle rechtsmacht is genomen.”* De toepassing van deze bepaling leidt ertoe dat het hervormingsberoep in elk geval steeds bij voorrang wordt behandeld. De Raad behoudt de vrijheid om, volgens wat het belang van een goede rechtsbedeling vereist, te beslissen het onderzoek van het annulatieberoep op te schorten of dit beroep tegelijkertijd (maar niet tezamen) te onderzoeken. Voorts verwijst de Raad naar artikel 39/70 van de Vreemdelingenwet, waaruit tijdens het indienen van een hervormingsberoep tegen een asielbeslissing en tijdens het onderzoek van dit hervormingsberoep, er ten aanzien van de vreemdeling geen enkele maatregel tot verwijdering van het grondgebied of teruggedrijving gedwongen mag worden uitgevoerd, wat de daadwerkelijkheid van het beroep garandeert.

877. Hierbij moeten wel twee belangrijke opmerkingen worden gemaakt. De toepassing van het voorrangsbeginsel in artikel 39/80 van de Vreemdelingenwet niet nagelaten, worden in de praktijk de hervormingsberoepen en annulatieberoepen door gespecialiseerde kamers van de Raad behandeld. Een hervormingsberoep tegen een asielbeslissing kan dus worden behandeld door kamer X en het annulatieberoep tegen het bevel door kamer Y. Deze interne organisatie van de Raad noodzaakt m.i. de mogelijkheid voor de Raad om, wanneer asiel en subsidiaire bescherming worden geweigerd, zich bij het behandelen van een hervormingsberoep in een *obiter dictum* uit te spreken over de eventuele gespannen verhouding tussen een verwijderingsbeslissing en art. 3 EVRM. Dit is immers een nuttig element dat vervolgens door de annulatierechter in overweging kan worden genomen bij de behandeling van het beroep tegen het bevel.

878. Voorts moet worden gesteld dat bepaalde beslissingen tot niet-inoverwegingneming van een asielaanvraag<sup>2043</sup> en de technische weigeringen<sup>2044</sup> van het CGVS enkel vatbaar zijn voor een annulatieberoep, dat geen automatisch schorsend karakter kent.<sup>2045</sup> Daarenboven kan in welbepaalde gevallen worden afgeweken van het automatisch schorsend karakter van het hervormingsberoep tegen beslissing tot niet-inoverwegingneming van meervoudige aanvragen, in zoverre het terugkeerbesluit niet leidt tot refolement.<sup>2046</sup> Het voorrangsbeginsel in artikel 39/80 van de Vreemdelingenwet heeft in deze gevallen dan ook geen meerwaarde meer, gezien het gebrek aan automatisch schorsend effect van het beroep tegen deze soorten asielbeslissingen. Om met volledige kennis van zaken een oordeel te kunnen vellen over het beroep tegen deze soorten negatieve asielbeslissingen én over het

---

<sup>2042</sup> Zie RvV 23 oktober 2013, Algemene Vergadering, nr. 112.576.

<sup>2043</sup> Art. 57/6, eerste lid, 2,° en art. 57/6/3 Vreemdelingenwet.

<sup>2044</sup> Art. 52, § 2, 3° tot 5°, § 3, 3°, § 4, 3°, en art. 57/10 Vreemdelingenwet.

<sup>2045</sup> Art. 39/2, § 1, laatste lid, en § 2, Vreemdelingenwet.

<sup>2046</sup> Art. 39/70, tweede lid, Vreemdelingenwet.

beroep tegen de bijhorende verwijderingsbeslissingen, is het dan ook aangewezen dat er in de praktijk naar wordt gestreefd om deze specifieke soorten negatieve asielbeslissingen van het CGVS, alsook de verwijderingsbeslissingen, in de mate dat de verzoekschriften tegen deze beslissingen (bijna) gelijktijdig werden ingediend, samen te behandelen en af te doen.

### *B. De negatieve humanitaire verblijfsbeslissing vs. verwijderingsbeslissing*

879. Ook in deze context doet het indienen van een humanitaire verblijfsaanvraag geen afbreuk aan de gebonden bevoegdheid van de DVZ m.b.t. het afleveren van verwijderingsbeslissingen.<sup>2047</sup> Daarnaast zal, omdat een negatieve humanitaire verblijfsbeslissing geen verwijderingsbeslissing inhoudt, ook hier bij afwijzing van de humanitaire verblijfsaanvraag een aparte verwijderingsbeslissing worden genomen.

#### *a.) De gebonden bevoegdheid tijdens de lopende humanitaire verblijfsprocedure: hangende humanitaire verblijfsaanvragen vs. verwijderingsbeslissingen*

880. Wat betreft de afgifte van een verwijderingsbeslissing terwijl er een humanitaire verblijfsaanvraag op grond van artikel 9bis of 9ter van de Vreemdelingenwet hangende is, wordt in de rechtspraak van de Nederlandstalige kamers van de Raad gesteld dat een enkele verwijzing naar deze hangende humanitaire verblijfsaanvraag in beginsel niet leidt tot de nietigverklaring van een verwijderingsbeslissing. Met verwijzing naar de vaste rechtspraak van de Nederlandstalige kamers van de Raad van State wordt dan gesteld dat het louter indienen van een humanitaire verblijfsaanvraag, bv. op grond van artikel 9bis of 9ter van de Vreemdelingenwet, geen invloed heeft op de verblijfsstatus van de vreemdeling en in principe niet verhindert dat ten aanzien van de vreemdeling een verwijderingsmaatregel wordt genomen.<sup>2048</sup> Een humanitaire verblijfsaanvraag schort dus de uitvoerbaarheid van een verwijderingsbeslissing niet op, noch wordt hierdoor verhindert dat na het indienen ervan nog een dergelijk bevel aan de vreemdeling wordt gegeven, aangezien het geen invloed heeft op de verblijfsstatus van een vreemdeling.<sup>2049</sup> De indiening van een dergelijke humanitaire verblijfsaanvraag verhindert niet dat het onwettig karakter van zijn verblijf wordt vastgesteld en dat een verwijderingsbeslissing wordt genomen.<sup>2050</sup> Daarenboven wordt gesteld dat zelfs indien een onontvankelijkheidsbeslissing inzake een verblijfsaanvraag in toepassing van artikel 9bis of 9ter Vreemdelingenwet zou worden vernietigd, en de vreemdeling derhalve terugkeert in de situatie waarin hij een aanvraag om machtiging tot verblijf hangende heeft bij het bestuur, dit niet impliceert dat de motieven van de bestreden verwijderingsbeslissing niet langer geldig zouden zijn, aangezien de vernietiging niet tot gevolg heeft dat er een recht op verblijf ontstaat. Het heeft, aldus de Raad, enkel tot gevolg dat de DVZ opnieuw een beslissing moet nemen over de aanvraag om machtiging tot verblijf.<sup>2051</sup> Door louter te verwijzen naar hangende humanitaire verblijfsaanvragen zal de vreemdeling voorts ook niet aannemelijk maken dat de DVZ in de verwijderingsbeslissing diende te motiveren of melding moest maken van de humanitaire verblijfsaanvragen, noch dat de DVZ ten onrechte hiermee geen rekening hield bij de vaststelling dat de vreemdeling zich bevindt in een illegale verblijfssituatie.<sup>2052</sup> Met andere woorden, de DVZ dient in beginsel geen rekening te houden met de ingediende humanitaire verblijfsaanvraag en moet deze niet betrekken bij de motivering van het thans bestreden bevel om het grondgebied te verlaten.

---

<sup>2047</sup> Zie bv. art. 7 Vreemdelingenwet.

<sup>2048</sup> RvV 22 augustus 2013, nr. 108.447; RvV 6 november 2013, nr. 113.379. Zie RvS 12 januari 2007, nr. 166.626.

<sup>2049</sup> RvS 3 juni 2004, nr. 132.036; RvS 12 januari 2007, nr. 166.626; RvV 31 december 2012, nr. 94.507.

<sup>2050</sup> RvS 6 april 2000, nr. 86.715; RvS 22 juli 2002, nr. 109.500; RvS 6 februari 2004, nr. 127.903; RvS 3 juni 2004, nr. 132.035; RvS 3 juni 2004, nr. 132.036; RvS 7 januari 2005, nr. 138.946; RvS 20 november 2006, nr. 164.950.

<sup>2051</sup> RvV 23 december 2012, nr. 72.603.

<sup>2052</sup> RvV 22 augustus 2013, nr. 108.446; RvV 6 november 2013, nr. 113.373.

881. Ook het gegeven dat er een hangend beroep is bij de Raad tegen de humanitaire verblijfsbeslissing doet volgens deze rechtspraak van de Raad geen afbreuk aan de verwijderingsbeslissing. De negatieve humanitaire verblijfsbeslissing wordt immers tot aan zijn eventuele vernietiging geacht in overeenstemming te zijn met de wet (*'privilege du préalable'* ofte *'vermoeden van wettigheid'*).<sup>2053</sup> Annulatieberoepen ingesteld bij de Raad tegen negatieve humanitaire verblijfsbeslissingen hebben daarenboven geen automatische schorsende werking.<sup>2054</sup> De procedure bij de Raad heeft geen invloed op de verblijfsstatus van de vreemdeling en verhindert in principe niet dat ten aanzien van de vreemdeling een verwijderingsbeslissing wordt genomen. Het indienen van het beroep tot nietigverklaring bij de Raad schort bijgevolg evenmin de uitvoerbaarheid op van het bevel om het grondgebied te verlaten of verhindert niet dat na het beroep nog een dergelijk bevel aan de vreemdeling wordt gegeven.

882. Hierop bestaat evenwel een uitzondering, met name wanneer de vreemdeling aantoont dat een bepaling van materieel recht zou zijn geschonden, waaruit zou kunnen worden afgeleid dat het indienen van een humanitaire verblijfsaanvraag de uitvoerbaarheid zou opschorten van een bevel om het grondgebied van het Rijk te verlaten of zou verhinderen dat na het indienen ervan nog een dergelijk bevel aan de vreemdeling wordt gegeven<sup>2055</sup> of dat hij elementen heeft ingeroepen in zijn humanitaire verblijfsaanvraag waarbij dwingende bepalingen van internationaal recht verhinderen dat na het indienen ervan nog automatisch een bevel om het grondgebied te verlaten kan worden getroffen op grond van de enkele vaststelling dat hij op illegale wijze in het Rijk verblijft.<sup>2056</sup> De gebonden bevoegdheid van de DVZ of het gegeven dat er sprake is van een herhaald bevel mag immers niet worden begrepen als een verplichting tot afgifte van een verwijderingsbeslissing die op automatische wijze en in alle omstandigheden geldt. Er dient rekening te worden gehouden met hogere rechtsnormen zoals deze voortvloeien uit het EVRM en worden weerspiegeld in artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet.<sup>2057</sup> Voor wat betreft een aangevoerde grief op basis van artikel 3 EVRM, wordt van de vreemdeling verwacht dat hij een begin van bewijs levert van zwaarwegende gronden die op concrete wijze aannemelijk maken dat hij bij de verwijdering naar het land van herkomst zal worden blootgesteld aan een reëel risico op onmenselijke behandeling.<sup>2058</sup> De Nederlandstalige kamers van de Raad zullen dan onderzoeken of er een schending heeft plaatsgevonden.<sup>2059</sup>

883. Soms wordt door de Raad tijdens dit onderzoek overwogen dat de verwijderingsbeslissing niet inhoudt dat de vreemdeling moet terugkeren naar het land van herkomst, maar enkel tot gevolg heeft dat hij het grondgebied van België (en eventuele de Schengenstaten) dient te verlaten. De enkele afgifte van een verwijderingsbeslissing identificeert immers niet het land waarnaar een vreemdeling eventueel gedwongen verwijderd zal worden, zodat het bestaan van een reëel risico niet altijd kan worden vastgesteld. Deze rechtspraak gaat er in wezen van uit dat wanneer uit een dossier niet blijkt dat de verwijderingsbeslissing op een gedwongen wijze zal worden uitgevoerd of dat de DVZ een dergelijke maatregel plant, het treffen van een verwijderingsbeslissing ten opzichte van een

---

<sup>2053</sup> RvV 6 november 2013, nrs. 113.372 en 379.

<sup>2054</sup> RvV 22 augustus 2013, nr. 108.446; RvV 6 november 2013, nr. 113.373.

<sup>2055</sup> RvS 22 juli 2002, nr. 109.500; RvS 3 juni 2004, nr. 132.035; RvS 3 juni 2004, nr. 132.036. Zie ook RvV 22 september 2010, nr. 48.39.

<sup>2056</sup> RvV 27 september 2010, nr. 48.633.

<sup>2057</sup> RvV 19 december 2013, nr. 116.003. RvS 9 maart 2004, nr. 129.004; RvS 26 augustus 2010, nr. 206.948; RvS 28 juni 2011, nr. 214.221. Zie bv. RvV 13 december 2012, nr. 93.513; RvV 22 januari 2013, nr. 95.570; RvV 22 augustus 2013, nr. 108.446; RvV 18 november 2013, nr. 113.912.

<sup>2058</sup> EHRM 11 oktober 2011, nr. 46390/10, *Auad v. Bulgarije*, par. 99, punt (b) en RvS 20 mei 2005, nr. 144.754

<sup>2059</sup> RvV 15 januari 2013, nr. 95.167; RvV 30 januari 2013, nr. 96.108.

vreemdeling die zich op illegale wijze op het grondgebied bevindt, op zich geen schending van artikel 3 EVRM of andere EVRM bepalingen vormt.

884. In andere gevallen zal de Raad erop wijzen dat er een mogelijkheid is om een verlenging van de termijn van vrijwillig vertrek aan te vragen, bv. indien medische elementen worden ingeroepen of wordt verwezen naar schoolgaande kinderen. In dit verband kan er worden verwezen naar artikel 74/14, § 1, Vreemdelingenwet, dat de mogelijkheid voorziet voor een vreemdeling om een gemotiveerd verzoek in te dienen bij de DVZ.<sup>2060</sup> In dit gemotiveerd verzoek kan de verlenging van de vertrektermijn worden gevraagd indien het vertrek binnen de gegeven vertrektermijn niet kan worden gerealiseerd, of wanneer er specifieke omstandigheden gelden die eigen zijn aan de situatie van de vreemdeling, zoals de duur van het verblijf, het bestaan van schoolgaande kinderen, het afronden van de organisatie van het vrijwillig vertrek en andere familiale en sociale banden. Ook wordt verwezen naar artikel 74/17 Vreemdelingenwet, dat in de mogelijkheid voorziet om een verwijdering tijdelijk uit te stellen indien de verwijdering de vreemdeling blootstelt aan een schending van het non-refoulementbeginsel of omwille van de specifieke omstandigheden van het geval, zoals de fysieke of mentale gezondheid van de vreemdeling of technische obstakels die de verwijdering verhinderen. De DVZ deelt vervolgens aan de vreemdeling schriftelijk mee dat de termijn van vrijwillig vertrek is verlengd ofwel dat de uitvoering van de verwijdering tijdelijk is uitgesteld.

885. De DVZ voerde aan dat beslissingen om geen verlenging van de termijn van vrijwillig vertrek te verlenen (en dus ook beslissingen om de uitvoering van de verwijdering niet tijdelijk uit te stellen) geen uitvoerbare beslissingen zijn, maar slechts uitvoeringsmodaliteiten van de verwijderingsbeslissingen. De DVZ meende dat deze beslissingen niet kunnen worden beschouwd als een afzonderlijke beslissing met specifieke rechtsgevolgen of beslissingen die de rechtstoestand van verzoekers wijzigen. De Raad oordeelde evenwel dat artikelen 74/14 en 74/17 van de Vreemdelingenwet de DVZ minstens ten dele verplichten tot een heronderzoek van een gegeven dat desgevallend tijdelijk buiten werking moet worden gesteld (of geschorst).<sup>2061</sup> Volgens de Raad is het immers niet ondenkbeeldig dat bijvoorbeeld ten gevolge van het non-refoulementbeginsel het eerder gegeven bevel niet ten uitvoer kan en mag worden gebracht. Het tijdelijk gedogen van de vreemdeling op het grondgebied kan het gevolg zijn van de te nemen beslissing over de verlenging van een bevel. De Raad wijst erop dat het tijdelijk karakter niet verhindert dat de beslissing, zij het in tijd beperkt, rechtsgevolgen heeft. Volgens de Raad kan de te nemen beslissing evenmin een louter bevestigende beslissing van het eerder gegeven bevel zijn, omdat de voormelde wetteksten de verwerende partij verplichten minstens ten dele over te gaan tot een heronderzoek. Immers, zelfs indien de eerder bestaande beslissing wordt bevestigd, maar slechts nadat een nieuw onderzoek heeft plaatsgevonden, is er geen sprake van een louter bevestigende beslissing. De Raad dient na te gaan of in de bestreden beslissing de toepassing van de artikelen 74/14 en 74/17 van de Vreemdelingenwet correct is geschied en de beslissing betreft aangaande de verwijdering van de verzoekende partijen. Bijgevolg besluit de Raad dat de beslissing om geen verlenging van de termijn van vrijwillig vertrek te verlenen en de beslissing om de uitvoering van de verwijdering niet tijdelijk uit te stellen, geen loutere uitvoeringsmaatregel zijn noch loutere materiële handelingen, omdat zij, enerzijds, een antwoord bevatten op een aanvraag en, anderzijds, rechtsgevolgen hebben. De te nemen beslissing in antwoord op een aanvraag tot verlenging of schorsing van de gegeven bevelen in toepassing van de artikelen 74/14, §1, en 74/17, §1, van de Vreemdelingenwet kan de rechtstoestand van een vreemdeling wijzigen, al was het maar omdat de gedwongen uitvoering niet kan plaatsvinden. In toepassing van voornoemde artikelen kan de DVZ gedwongen zijn de vreemdeling tijdelijk op het

---

<sup>2060</sup> RvV 3 juli 2013, nr. 106.923; RvV 17 februari 2012, nr. 75.342.

<sup>2061</sup> RvV 6 mei 2014, nr. 123.595.



grondgebied te gedogen. De Raad besluit terecht dat zulke beslissingen niet als loutere uitvoeringsmaatregelen kunnen worden afgedaan. Zij kunnen dan ook worden onderworpen aan een rechterlijke controle in het licht van de beginselen van behoorlijk bestuur, zoals de motiveringsplicht. Een ander oordeel zou de Raad in de onmogelijkheid plaatsen om zijn wettigheidscontrole over de toepassing van de artikelen 74/14 en 74/17 van de Vreemdelingenwet uit te oefenen.

Een loutere herbevestiging van een eerder betekende verwijderingsmaatregel is dan weer geen aanvechtbare rechtshandeling, aangezien de rechtstoestand van de vreemdeling niet wordt gewijzigd door een loutere “herbevestiging” van een eerder getroffen bevel om het grondgebied te verlaten.<sup>2062</sup>

886. De Franstalige kamers van de Raad benaderen de problematiek van hangende humanitaire verblijfsaanvragen, meer precies de verblijfsaanvragen in toepassing van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet, en verwijderingsbeslissingen anders.

Deze benadering wordt beïnvloed door de vaste rechtspraak van de Franstalige kamers van de Raad van State, die luidt als volgt: *“Considérant que lorsqu’une demande d’autorisation de séjour est introduite en application de l’article 9, alinéa 3 de la loi précitée, le ministre de l’Intérieur ne peut prendre à l’égard de l’étranger concerné aucune mesure d’éloignement qui soit fondée uniquement sur le défaut de titre de séjour tant qu’il n’a pas été statué sur cette demande.”*<sup>2063</sup> De Franstalige kamers van de Raad van State zijn dus van mening dat een verwijderingsbeslissing, genomen na een eerder ingediende, maar vooralsnog onbeantwoorde verblijfsaanvraag in het kader van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet, de formele motiveringsplicht of het rechtsbeginsel van behoorlijk bestuur schendt omdat het aan de DVZ toekwam zich eerst over de aangevoerde buitengewone omstandigheden uit te spreken. Nog volgens de Franstalige kamers van de Raad van State mag de Raad een beroep tegen een verwijderingsbeslissing niet louter verwerpen omdat in de hangende aanvraag in toepassing van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet geen schending van een fundamenteel recht wordt opgeworpen.<sup>2064</sup> Door zo te handelen miskent de Raad de formele motiveringsplicht en het beginsel van behoorlijk bestuur, opgelegd door de DVZ, dat zegt dat alle omstandigheden van een geval in overweging genomen moeten worden alvorens een verwijderingsbeslissing te treffen.

887. Deze rechtspraak van de Franstalige kamers van de Raad van State niet te nagelaten, nemen de Franstalige kamers van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen een tussenpositie in. De Franstalige kamers van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen hanteren de stelling dat wanneer in een hangende aanvraag in toepassing van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet de mogelijke schending van fundamentele rechten op precieze en gemotiveerde wijze wordt uiteengezet, de DVZ geen automatische toepassing mag maken van artikel 7 van de Vreemdelingenwet. Vaste rechtspraak luidt als volgt: *“3.2.3. Si l’introduction d’une demande d’autorisation de séjour sur la base de l’article 9bis de la loi du 15 décembre 1980, n’a pas pour effet d’entraver la mise en oeuvre des pouvoirs de police conférés par l’article 7, alinéa 1er, 2°, de la même loi, il n’en demeure pas moins que cette dernière reste tenue, au titre des obligations générales de motivation formelle et de bonne administration qui lui incombent lorsqu’elle prend une décision quelle qu’elle soit, de statuer en prenant en considération tous les éléments pertinents qui sont portés à sa connaissance au moment où elle statue, sans toutefois qu’il lui appartienne de faire elle-même la preuve des allégations de*

---

<sup>2062</sup> RvV 17 maart 2014, nr. 120.755.

<sup>2063</sup> RvS 1 februari 1996, nr. 57.977; RvS 18 maart 1997, nr. 65.283; RvS 24 december 1997, nr. 70.506; RvS 15 maart 2006, nr. 156.424; RvS 5 april 2007, nr. 169.855; RvS 9 maart 2007, nr. 168.712; RvS 10 mei 2007, nr. 170.996; RvS 18 januari 2008, nr. 178.716.

<sup>2064</sup> RvS 1 oktober 2009, nr. 196.577.

*la partie requérante quant à ce. Le Conseil entend à cet égard souligner l'incidence des droits fondamentaux que consacrent divers instruments juridiques internationaux liant l'Etat belge et dont il s'est engagé à assurer la protection en tant qu'Etat partie à de tels instruments. Bien qu'en vertu d'un principe de droit international bien établi, les Etats conservent le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement de non nationaux sur leur territoire, l'exercice de ce droit souverain peut néanmoins poser problème lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'éloignement de l'intéressé constituerait une violation d'un droit fondamental reconnu par un instrument international d'effet direct (voir à ce sujet Cour européenne des droits de l'homme, arrêt Soering du 7 juillet 1989 et arrêt Chahal du 15 novembre 1996). En l'occurrence, les pouvoirs de police conférés par l'article 7, alinéa 1er, 2°, de la loi du 15 décembre 1980, ne peuvent avoir pour effet de dispenser l'autorité administrative du respect d'obligations internationales auxquelles l'Etat belge a souscrit. Au titre de tels engagements, figure notamment la protection des droits garantis par les articles 3 et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, lesquels sont d'effet direct et ont par conséquent aptitude à conférer par eux-mêmes des droits aux particuliers dont ces derniers peuvent se prévaloir devant les autorités administratives ou juridictionnelles sans qu'aucune mesure interne complémentaire ne soit nécessaire à cette fin. Les autorités précitées sont dès lors tenues, le cas échéant, d'écarter la disposition légale ou réglementaire qui y contreviendrait (en ce sens, voir notamment : C.E., arrêt n° 168.712 du 9 mars 2007). Il s'en déduit que l'autorité administrative ne peut faire une application automatique dudit article 7, alinéa 1er, 2°, de la loi lorsque l'intéressé a préalablement fait état, dans une demande d'autorisation de séjour sur la base de l'article 9bis, de la même loi, d'indications sérieuses et avérées d'une possible violation d'un droit fondamental reconnu et d'effet direct en Belgique. Dans un tel cas de figure, le Conseil est dès lors habilité, lorsque la partie requérante l'invoque en termes précis et circonstanciés dans sa requête, à écarter l'application dudit article 7, alinéa 1er, 2°.*"<sup>2065</sup>

Er wordt hierbij wel een belangrijke nuance aangebracht. Concreet zal worden nagegaan of de verblijfsaanvraag in toepassing van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet voor of na de verwijderingsbeslissing werd ingediend. Indien er sprake is van een (herhaalde) aanvraag in toepassing van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet, die na de verwijderingsbeslissing is ingediend louter om deze verwijderingsmaatregel te dwarsbomen, dan verzet noch de Raad van State noch de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen zich automatisch tegen de uitvoerbaarheid van de verwijderingsmaatregel.<sup>2066</sup> Dit wil zeggen dat indien een tweede aanvraag in het kader van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet ingediend wordt, nadat een eerder opgeschorte verwijderingsbeslissing opnieuw uitvoerbaar is geworden, dan zal de tweede aanvraag niet tot gevolg hebben dat de uitvoerbaarheid van het bevel opgeschort wordt.

888. Zowel in de Nederlandstalige als de Franstalige kamers van de Raad zal het loutere gegeven dat een humanitaire verblijfsmachtiging op grond van medische redenen als onontvankelijk werd afgewezen, ook al is dit op terechte (bv. wegens gebrek aan identificatie) dan wel onterechte wijze gebeurd, volgens de Raad op zich niet steeds toelaten om te besluiten dat er ook een gezondheidsproblematiek aanwezig is die ingevolge de uitvoering van een bevel om het grondgebied te verlaten zodanig zou beïnvloed worden dat kan worden besloten tot een inbreuk op artikel 3 EVRM.<sup>2067</sup> De Raad verwijst in die gevallen naar de voorbereidende werken bij (oud) artikel 9ter van de Vreemdelingenwet, waar het volgende te lezen staat: "(...)

<sup>2065</sup> Zie de vier principearresten RvV 31 juli 2008, nrs. 14.725, 14.727, 14.731 en 14.736, alsook RvV 28 november 2008, nr. 19.684; RvV 16 november 2009, nr. 34.155; RvV 26 oktober 2010, nr. 60.167; RvV 6 augustus 2013, nr. 108.090.

<sup>2066</sup> RvS 22 mei 2003, nr. 119.719; RvV 30 juni 2008, nr. 13.497.

<sup>2067</sup> RvV 19 september 2011, nr. 66.957; RvV 30 januari 2013, nr. 96.116.

het is echter evident dat een ernstig zieke vreemdeling die uitgesloten is van het voordeel van artikel 9ter om een van die redenen, niet zal worden verwijderd indien hij dermate ernstig ziek is dat zijn verwijdering een schending zou zijn van artikel 3 EVRM.”<sup>2068</sup> De Raad leidt hieruit af dat indien DVZ in de huidige fase van de procedure de vreemdeling op gedwongen wijze zou wensen te verwijderen, artikel 3 EVRM vereist dat de DVZ de medische situatie van de vreemdeling in zijn geheel dient onderzocht te hebben.<sup>2069</sup> Uit het feit dat een ernstig zieke vreemdeling evenwel niet zal verwijderd worden, kan niet afgeleid worden dat er geen bevel om het grondgebied te verlaten mag worden uitgereikt aan een vreemdeling die niet voldoet aan de ontvankelijkheidsvoorwaarden van artikel 9ter van de Vreemdelingenwet. Het treffen van een bevel om het grondgebied te verlaten vormt op zich geen schending van artikel 3 van het EVRM.<sup>2070</sup> De Raad zal de vreemdeling erop wijzen dat het hem vrij staat, gelet op zijn medische situatie, om een verlenging van de uitvoeringstermijn van de verwijderingsbeslissing aan te vragen.<sup>2071</sup>

889. Deze zienswijze werd bevestigd door de Franstalige kamers van de Raad van State die stelden: *“qu'en vertu de ce qui précède, l'étranger qui souffre d'une maladie dans un état tel qu'elle entraîne un risque réel pour sa vie ou son intégrité physique ou un risque réel de traitement inhumain ou dégradant lorsqu'il n'existe aucun traitement adéquat dans autorisation de séjour, doit disposer d'un document d'identité; que si tel n'est pas le cas, l'autorité n'a d'autre choix que de déclarer la demande irrecevable; que l'exposé des motifs de la loi du 15 septembre 2006 modifiant la loi du 15 décembre 1980 précitée précise néanmoins qu'« il est toutefois évident qu'un étranger qui ne produit pas de document d'identité et qui ne démontre pas davantage qu'il est dans l'impossibilité de produire le document d'identité exigé en Belgique, ne sera pas éloigné si son état de santé est sérieux au point que son éloignement constituerait une violation de l'article 3 CEDH »; que sauf à méconnaître le prescrit de l'article 9ter de la loi du 15 décembre 1980 précitée, l'autorité ne pourra, même dans ce cas, juger la demande recevable; qu'en revanche il appartiendra à l'autorité, conformément aux travaux préparatoires précités, d'examiner la situation médicale de l'étranger avant de procéder à son éloignement forcé; qu'en ce qu'il revient à décider que le requérant était tenu, au stade de la recevabilité de la demande, d'examiner les éléments médicaux invoqués même en l'absence de tout document d'identité ou de motivation valable qui permette à l'étranger d'être dispensé de la production d'un tel document, le juge s'est mépris sur la portée de l'article 9ter de la loi du 15 décembre 1980 précitée; que la première branche du moyen est fondée et suffit à entraîner la cassation de l'arrêt attaqué.”*<sup>2072</sup>

In de situatie waarin bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing wordt bevolen van een verwijderingsmaatregel genomen in hoofde van een ernstig zieke vreemdeling en die vervolgens wordt vrijgelaten, kan men zich de vraag stellen wat er dient te gebeuren indien de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring worden voortgezet, aangezien er dan geen sprake meer is van een verwijdering.

---

<sup>2068</sup> Dit werd verklaard door de Belgische overheid maar niet hardgemaakt in een wetsbepaling, zie Memorie van toelichting, Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl.St.* Kamer 2005-2006, nr. 51-2478/001, 35-36. Het werd ook bevestigd door het Grondwettelijk Hof: GwH 26 juni 2008, nr. 95.2008, B.14 en GwH 20 september 2006, nr. 141.2006, B.7.

<sup>2069</sup> CE 29 oktober 2010, nr. 208.586: *“qu'en revanche il appartiendra à l'autorité, conformément aux travaux préparatoires précités, d'examiner la situation médicale de l'étranger avant de procéder à son éloignement forcé.”*

<sup>2070</sup> RvV 19 september 2011, nr. 66.757.

<sup>2071</sup> RvV 23 december 2012, nr. 72.603.

<sup>2072</sup> RvS 29 oktober 2010, nr. 208.586; RvS 5 oktober 2010, nr. 207.909

b.) De (niet-)samenhang van verwijderings- en negatieve humanitaire verblijfsbeslissingen

890. Een negatieve humanitaire verblijfsbeslissing wordt in de regel gevolgd door een verwijderingsbeslissing. Zowel tegen de humanitaire verblijfsbeslissing als tegen de verwijderingsbeslissing staat een annulatieberoep bij de Raad open.

891. Indien een negatieve humanitaire verblijfsbeslissing en de daaropvolgende verwijderingsbeslissing worden aangevochten in één verzoekschrift, dan leidt de nietigverklaring van de negatieve humanitaire verblijfsbeslissing volgens een bepaalde strekking in de Raad eveneens tot de nietigverklaring van de verwijderingsbeslissing. De Raad argumenteert daarbij uit de bewoordingen van deze beslissingen of uit de feiten zelf duidelijk blijkt dat de verwijderingsbeslissing een volgbeslissing en corollarium is van de negatieve humanitaire verblijfsbeslissing, omdat uit de samenlezing van de negatieve humanitaire verblijfsbeslissing en de verwijderingsbeslissing duidelijk blijkt dat de uitkomst van de humanitaire verblijfsaanvraag bepalend is geweest voor het al dan niet afleveren van een verwijderingsbeslissing. Wanneer door de verwerende partij een exceptie van ontvankelijkheid wordt opgeworpen wat betreft het beroep tegen een verwijderingsbeslissing wegens gebrek aan belang gezien de gebonden bevoegdheid van de DVZ, zal deze strekking van de Raad die exceptie verwerpen. Het betoog van de opgeworpen exceptie komt erop neer dat een eventuele vernietiging van de verwijderingsbeslissing de vreemdeling geen voordeel kan opleveren, aangezien de DVZ niet anders vermag dan opnieuw een verwijderingsbeslissing te nemen na te hebben vastgesteld dat de vreemdeling illegaal verblijft.<sup>2073</sup> Deze strekking in de Raad verwerpt dit betoog wanneer volgens de gegevens van het administratief dossier de DVZ het klaarblijkelijk zelf nuttig en nodig heeft geacht om deze gebonden bevoegdheid slechts uit te putten nadat werd beschikt over de ingediende humanitaire verblijfsbeslissing. Deze strekking in de Raad oordeelt dat de DVZ door aldus te handelen erkent dat de uitkomst van deze humanitaire verblijfsaanvraag bepalend kan zijn voor het al dan niet afleveren van de verwijderingsbeslissing.<sup>2074</sup> De nauwe samenhang tussen de negatieve humanitaire verblijfsbeslissing en de verwijderingsbeslissing wordt aldus aanvaard. Wanneer de negatieve humanitaire verblijfsbeslissing behept is met een gebrek (bv. een formeel of materieel motiveringsgebrek, of onvoldoende onderzoek in het licht van artikel 3 EVRM of artikel 8 EVRM), zodat deze wordt nietig verklaard, oordeelt deze strekking in de Raad dat in het kader van de rechtszekerheid en een goede rechtsbedeling het aangewezen is om de verwijderingsbeslissing uit het rechtsverkeer te halen en eveneens te vernietigen.<sup>2075</sup>

892. Een andere strekking binnen de Raad oordeelt daarentegen dat er geen juridische samenhang of verknochtheid kan zijn tussen een negatieve humanitaire verblijfsbeslissing en een verwijderingsbeslissing.<sup>2076</sup> Deze strekking meent dat in het belang van een goede rechtsbedeling diegene die een beroep doet op de rechter voor elke vordering een afzonderlijk geding dient in te spannen om alzo de rechtsstrijd overzichtelijk te houden en een vlotte afwikkeling van de zaak mogelijk te maken.<sup>2077</sup> De Raad wijst erop dat het uitsluitend aan de rechter toekomt om te oordelen of de gezamenlijke behandeling van verschillende vorderingen het vlot verloop van het geding bevordert of schaadt.<sup>2078</sup> Van de vreemdeling die

<sup>2073</sup> Zie RvV 30 januari 2013, nrs. 96.103 en 96.108; RvV 6 november 2013, nr. 113.373 en RvV 18 november 2013, nr. 113.912.

<sup>2074</sup> RvV 31 mei 2013, nr. 104.281; RvV 29 juli 2013, nr. 107.493.

<sup>2075</sup> Zie RvV 19 januari 2012, drie rechters, nrs. 73.580 en 73.583. Zie verder ook RvV 9 januari 2013, nr. 94.660; RvV 14 januari 2013, nr. 95.070; RvV 30 januari 2013, nr. 96.113; RvV 6 maart 2013, nr. 98.417; RvV 6 mei 2013, nr. 102.466; RvV 16 december 2013, nr. 115.766.

<sup>2076</sup> Zie o.m. RvV 16 oktober 2013, nr. 112.015; RvV 28 oktober 2013, nr. 112.929; RvV 9 december 2013, nrs. 115.311 en 115.312; RvV 18 december 2013, nr. 115.916.

<sup>2077</sup> R. STEVENS, *Raad van State I. Afdeling bestuursrechtspraak, 2. Het procesverloop*, Brugge, die Keure, 2007, 65. Zie RvS 14 september 1984, nr. 24.635.

<sup>2078</sup> RvS 4 augustus 1997, nr. 67.627

verschillende administratieve rechtshandelingen aanvecht in één inleidende akte, wordt verwacht dat hij in het verzoekschrift aangeeft waarom naar zijn mening die verschillende handelingen in één verzoekschrift kunnen worden bestreden.<sup>2079</sup> Verscheidene vorderingen kunnen dan slechts ontvankelijk in één enkel verzoekschrift worden ingesteld indien bij uitzondering de goede rechtsbedeling daardoor wordt bevorderd, meer bepaald indien de vorderingen, wat hun voorwerp of wat hun grondslag betreft, zo nauw samenhangen dat het als waarschijnlijk voorkomt dat vaststellingen gedaan of beslissingen genomen met betrekking tot de ene vordering, een weerslag zullen hebben op de uitkomst van de andere vordering. De eisen van een goede rechtsbedeling worden daarentegen miskend wanneer een beroep verscheidene onderwerpen heeft waarop onderscheiden wettelijke en reglementaire bepalingen toepasselijk zijn, of die op verschillende feitelijke gegevens steunen, en zo afzonderlijke onderzoeken en debatten noodzakelijk maken. Er moet dus een stellig verband bestaan tussen de bestreden akten, ook wat de feitelijke gegevens betreft, en het belang van een goede rechtsbedeling moet vereisen dat die handelingen in eenzelfde geding worden onderzocht.<sup>2080</sup>

893. De samenhang tussen de bestreden beslissingen kan derhalve worden afgewezen wanneer elk op grond van een andere juridische en feitelijke basis werden genomen. Voorts merkt de Raad op dat de eventuele nietigverklaring van de negatieve humanitaire verblijfsbeslissing niet steeds tot gevolg heeft dat de rechtsgeldigheid van de verwijderingsbeslissing hierdoor in het gedrang komt. De nietigverklaring van de negatieve humanitaire verblijfsbeslissing leidt volgens deze strekking immers niet altijd tot de vaststelling dat de illegale verblijfssituatie van de vreemdeling wordt gewijzigd of dat de vreemdeling tot enig verblijf is gemachtigd of toegelaten en dat de motieven die aan de basis liggen van de verwijderingsbeslissing gebrekkig worden. In die omstandigheden oordeelt deze strekking binnen de Raad, aangezien verscheidene vorderingen die niet samenhangen in één enkel verzoekschrift worden ingesteld, dat in beginsel enkel het beroep ingesteld tegen de eerste beslissing, die tevens de belangrijkste of voornaamste beslissing is, wordt weerhouden.<sup>2081</sup> In de praktijk betekent dit dat enkel het beroep tegen de negatieve humanitaire verblijfsbeslissing ontvankelijk is. Vervolgens worden enkel de middelen die gericht zijn tegen deze negatieve humanitaire verblijfsbeslissing onderzocht.

894. In het verlengde van deze strekking oordeelde de Algemene Vergadering dat het niet mogelijk is om in één verzoekschrift, enerzijds, een negatieve humanitaire verblijfsbeslissing en, anderzijds, een verwijderingsbeslissing die specifiek het gevolg van de negatieve afloop van een gevoerde asielprocedure (m.n. bijlage 13*quinquies*), aan te vechten.<sup>2082</sup> De Algemene Vergadering van de Raad is in deze van oordeel dat de twee verschillende voorwerpen niet van die aard zijn dat het aangewezen is dat ze samen worden behandeld om tegenspraak tussen de rechterlijke beslissingen te voorkomen of ter voldoening van de eisen van de goede rechtsbedeling. Een humanitaire verblijfsprocedure (bv. in toepassing van artikel 9*bis* of 9*ter* van de Vreemdelingenwet) en de asielprocedure maken volgens de Raad immers aparte en onderscheiden procedures uit met eigen gevolgen. De Raad wijst erop dat de bevelen om het grondgebied te verlaten – asielzoeker (bijlage 13*quinquies*) vervolgbeslissingen zijn van de beslissingen van het CGVS waarbij de ingediende asielaanvragen negatief werden beëindigd, wat ook uitdrukkelijk in de bevelen wordt vermeld.<sup>2083</sup> Deze bevelen kunnen volgens de Raad

---

<sup>2079</sup> RvS 21 oktober 2005, nr. 150.507.

<sup>2080</sup> RvS 23 december 1980, nr. 20.835.

<sup>2081</sup> RvS 19 september 2005, nr. 149.014; RvS 12 september 2005, nr. 148.753, RvS 25 juni 1998, nr. 74.614, RvS 30 oktober 1996, nr. 62.871, RvS 5 januari 1993, nr. 41.514.

<sup>2082</sup> Zie RvV 23 oktober 2013, Algemene Vergadering, nr. 112.576.

<sup>2083</sup> Hoewel de Raad dus erkent dat de bevelen aan asielzoekers om het grondgebied te verlaten vervolgbeslissingen zijn van de negatieve asielbeslissing van het CGVS en de bevestiging ervan door de Raad, heeft de Algemene Vergadering niettemin geoordeeld dat een hervormingsberoep tegen de asielbeslissing en een annulatieberoep

niet als vervolgbeslissingen van de negatieve humanitaire verblijfsbeslissing worden beschouwd. De Raad merkt op dat de beslissingen die een verschillende juridische grondslag hebben, het gevolg zijn van onderscheiden procedures en dat ze afzonderlijk werden betekend met vermelding van de beroepsmogelijkheid. Het louter gegeven dat de negatieve humanitaire verblijfsbeslissing en de verwijderingsbeslissing genomen in het kader van een asielprocedure, op dezelfde dag worden genomen en betekend dan wel elkaar in tijd opvolgen is voor de Raad niet voldoende om een samenhang tussen deze beslissingen te aanvaarden. Ook het gegeven dat de uitkomst van een humanitaire verblijfsaanvraag mogelijks een gevolg kan hebben voor het verder bestaan van een verwijderingsbeslissing genomen in het kader van de asielprocedure, zonder dat het evenwel een gevolg heeft voor de inhoud van deze verwijderingsbeslissing, is voor de Raad eveneens onvoldoende om de samenhang tussen deze beslissingen te aanvaarden.

895. Anderzijds erkent de Algemene Vergadering dat de nietigverklaring van een negatieve humanitaire verblijfsbeslissing waarbij een aanvraag om machtiging tot verblijf in toepassing van artikel 9ter van de Vreemdelingenwet ongegrond wordt verklaard, wel gevolgen heeft voor het bevel om het grondgebied te verlaten – asielzoeker.<sup>2084</sup> Indien wordt vastgesteld dat de vernietiging van de humanitaire verblijfsbeslissing waarbij een aanvraag om machtiging tot verblijf in toepassing van artikel 9ter van de Vreemdelingenwet ongegrond wordt verklaard, reeds bij arrest van de Raad werd uitgesproken, dan gaat de Raad er van uit dat de vreemdeling terugvalt op een ontvankelijk verklaarde aanvraag om machtiging tot verblijf die ingediend werd op grond van artikel 9ter van de Vreemdelingenwet. Dit betekent dan concreet dat de vreemdeling opnieuw over een verblijfsgrond beschikt in afwachting van een beslissing ten gronde over de aanvraag om verblijfsmachtiging om medische redenen. Wanneer een verblijfsmachtiging om medische gronden ontvankelijk wordt verklaard, dan heeft de vreemdeling op grond van artikel 7, tweede lid, van het koninklijk besluit van 17 mei 2007 tot vaststelling van de uitvoeringsmodaliteiten van de wet van 15 september 2006 tot wijziging van de Vreemdelingenwet, recht op een attest van immatriculatie. De vreemdeling kan derhalve niet meer het voorwerp uitmaken van een bevel om het grondgebied te verlaten dat steunt op de motivering dat de vreemdeling zich op illegale wijze in België bevindt. Hoewel men zou kunnen stellen dat de afgifte van een attest van immatriculatie de impliciete intrekking van het bestreden bevel tot gevolg heeft en de vreemdeling dus geen belang heeft bij een beroep tegen het bevel<sup>2085</sup>, meent de Algemene Vergadering dat het aangewezen is voor de duidelijkheid in het rechtsverkeer en dus voor de rechtszekerheid, om het bestreden bevel uit het rechtsverkeer te verwijderen via een vernietiging, ongeacht of het destijds rechtsgeldig getroffen werd of niet. De Raad meent dat dit de DVZ niet verhindert om opnieuw een bevel om het grondgebied te verlaten – asielzoeker af te leveren aan de vreemdeling indien de DVZ desgevallend de humanitaire verblijfsaanvraag in het kader van artikel 9ter van de Vreemdelingenwet opnieuw ongegrond verklaart.

896. Het niet aanvaarden van een samenhang tussen een asielbeslissing of negatieve humanitaire verblijfsbeslissing, enerzijds, en een verwijderingsbeslissing, anderzijds, leidt er meestal toe dat enkel het beroep tegen de asielbeslissing of de humanitaire verblijfsbeslissing zal worden weerhouden. Deze beslissingen worden immers in de praktijk als eerste bestreden beslissing vermeld in verzoekschriften en veelal zijn de middelen in wezen of minstens hoofdzakelijk tegen de eerste bestreden beslissing gericht. Dit is niet zo verrassend aangezien

---

tegen het bevel niet onder de vorm van één enkel verzoekschrift kunnen worden ingediend. Zie RvV 28 juni 2013, Algemene Vergadering, nrs. 106.153, 106.154, 106.155 en 106.156.

<sup>2084</sup> RvV 23 oktober 2013, Algemene Vergadering, nr. 112.604.

<sup>2085</sup> Zie in die zin RvV 11 januari 2013, nr. 94.907. Met betrekking tot een vernietiging van de beslissing tot weigering van de aanvraag tot verlenging van een machtiging tot verblijf op grond van artikel 9ter van de Vreemdelingenwet en de afgifte van een bijlage 13quinquies, zie RvV 16 december 2013, nr. 115.718.

de verwijderingsbeslissingen in het oog van de meeste verzoekers worden gezien als volgbeslissingen en zij dus uitgaan van de logica dat indien de negatieve asiel- of humanitaire verblijfsbeslissing gebrekkig is, dit eveneens gevolgen heeft voor de verwijderingsbeslissing.

897. Het gevolg is dan dat het beroep tegen de verwijderingsbeslissing onontvankelijk wordt verklaard. De verwijderingsbeslissing blijft daardoor overeind staan en is dus vatbaar voor een gedwongen uitvoering. Om daadwerkelijke rechtsbescherming te genieten, is het bijgevolg aangewezen dat een vreemdeling zowel tegen negatieve asiel- of humanitaire verblijfsbeslissing als tegen de verwijderingsbeslissing telkens een apart beroep indient, volgens geëigende specifieke modaliteiten en termijnen. Artikel 39/80 van de Vreemdelingenwet bepaalt dat het hervormingsberoep tegen de asielbeslissing in beginsel voorrang heeft op het annulatieberoep tegen de verwijderingsbeslissing, of dat beide beroepen samen worden behandeld en afgedaan. Er bestaat echter geen gelijkaardige bepaling in de Vreemdelingenwet voor de praktische behandeling van annulatieberoepen tegen een negatieve humanitaire verblijfsbeslissing en een verwijderingsbeslissing. Het komt dan aan de Raad toe om praktische regelingen te treffen en zijn interne werking zo te organiseren dat de apart ingediende beroepen tegen negatieve humanitaire verblijfsbeslissingen en verwijderingsbeslissingen samen worden behandeld of minstens dat de beroepen tegen de humanitaire verblijfsbeslissingen bij voorrang worden behandeld. De nietigverklaring van een negatieve humanitaire verblijfsbeslissing kan immers in sommige gevallen wel gevolgen hebben voor de verwijderingsbeslissing, waardoor dan rekening gehouden moet worden met bepaalde elementen die uit de behandeling van het beroep tegen de negatieve humanitaire verblijfsbeslissing voortvloeien. Dit betekent dat de Raad de feitelijke samenhang die uit het administratief dossier blijkt en de chronologie van de negatieve humanitaire verblijfsbeslissingen en de volgbeslissingen, m.n. de verwijderingsbeslissingen, moet erkennen zonder dat de Raad deze daarom kan of zal moeten samenvoegen.<sup>2086</sup> Ook moet de nodige aandacht worden besteed aan de chronologie van de verschillende beslissingen in een individueel dossier.

---

<sup>2086</sup> Zie in deze zin RvV 30 juli 2013, nr. 107.622, waarin de verzoekers de samenvoeging vragen van het beroep tegen de verwijderingsbeslissing en het beroep tegen de humanitaire verblijfsbeslissing. De Raad merkt evenwel op dat het voor een goede rechtsbedeling niet onontbeerlijk is om in een arrest uitspraak te doen over beide beroepen, nu de beslissingen elk op een andere datum werden genomen en gegrond zijn op afzonderlijke feitelijke en juridische gronden. Er wordt dan ook niet ingegaan op de vraag van de verzoekers om beide beroepen samen te voegen.

### **§ 3. Tekortkomingen in de verdubbelde beroepsprocedures bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen**

898. Tekortkomingen in de beroepsprocedures bij de Raad maken het asiel- en humanitair verblijfsvraagstuk nog complexer. Deze tekortkomingen worden in de hand gewerkt door een verdubbeling van de beroepsprocedure bij de Raad, met name een annulatieberoep, enerzijds, en een hervormingsberoep, anderzijds.

Deze verdubbelde beroepsprocedure houdt in dat de rechterlijke controle in het annulatieberoep en het hervormingsberoep een ongelijke omvang kent, wat gevolgen kan hebben voor de rechtsbescherming. De beperkte rechterlijke controle van de Raad in het kader van een annulatiebevoegdheid kan het nauwgezet onderzoek naar de rechtsgeldigheid van een verwijderingsbeslissing waarbij rekening moet worden gehouden met hogere rechtsnormen, het beginsel van non-refoulement, de gezinssituatie, de gezondheidssituatie en het belang van het kind, verhinderen en staat haaks op procedurele vereisten die voortvloeien uit artikelen 3 en 13 EVRM.

In dit kader kan ook meteen worden verwezen naar de procedurele vereisten die zijn neergelegd in artikel 46 van Richtlijn 2013/32/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale bescherming (hierna: Procedurerichtlijn 2013). Deze bepaling moet tegen juli 2015 worden om gezet in Belgisch. De omzetting en daaruit volgende tenuitvoerlegging van deze bepaling moet plaats hebben in overeenstemming met artikel 47 van het Handvest, inclusief de rechtspraak van het HvJ.

Niet alle beslissingen inzake aanvragen om internationale bescherming geven de mogelijkheid tot het indienen van een hervormingsberoep. Het hervormingsberoep zelf wordt heden gekenmerkt door tal van versnelde procedures en korte termijnen die een ernstige impact kunnen hebben op de daadwerkelijkheid van het rechtsmiddel bij de Raad.

De procedures bij uiterst dringende noodzakelijkheid in het geval van een gedwongen verwijdering zijn nog niet helemaal in lijn met de vereisten van artikel 13 EVRM en vereisen een verdere vereenvoudiging. Het geheel aan deze elementen kan leiden tot '*protection gaps*' in de daadwerkelijke rechtsbescherming van een vreemdeling.



*A. De ongelijke omvang van een verdubbelde beroepsprocedure bij de Raad*

899. Naargelang de bestreden beslissing beschikt de Raad over een hervormingsbevoegdheid<sup>2087</sup> dan wel over een annulatiebevoegdheid.<sup>2088</sup>

900. Tegen een asielbeslissing ten gronde van het CGVS staat in de regel een automatisch schorsend hervormingsberoep open bij de Raad. Het hervormingsberoep houdt in dat de controle van de Raad niet beperkt is tot het onderzoek van de (wettigheid) van de bestreden beslissing, maar dat in wezen de zaak overgaat met al de feitelijke en juridische vragen die ermee samenhangen (volle rechtsmacht). Er kunnen onder bepaalde voorwaarden nieuwe bewijselementen aan de Raad worden voorgelegd zodat een ex nunc onderzoek mogelijk is.<sup>2089</sup>

Het geschil wordt in zijn geheel aan een nieuw onderzoek onderworpen en de Raad kan de asielbeslissingen in beginsel bevestigen, hervormen, dan wel vernietigen met terugwijzing omdat (i) aan de bestreden beslissing een substantiële onregelmatigheid kleeft die door de Raad niet kan worden hersteld; of omdat (ii) essentiële elementen ontbreken die inhouden dat de Raad niet kan komen tot een bevestiging of hervorming zonder aanvullende onderzoeksmaatregelen hiertoe te moeten bevelen.<sup>2090</sup>

901. Voor beslissingen van het CGVS tot niet-inoverwegingneming werd oorspronkelijk een uitzondering gemaakt op dit hervormingsberoep en stond in beginsel enkel een niet-schorsend annulatieberoep open bij de Raad.<sup>2091</sup>

Voor een aantal beslissingen van het CGVS tot niet-inoverwegingneming werd deze uitzondering evenwel bijgestuurd. Het Grondwettelijk Hof oordeelde begin 2014 dat de beroepsprocedure voor asielzoekers afkomstig uit een veilig land van herkomst, meer bepaald een niet-schorsend annulatieberoep bij de Raad, geen effectief beroepsmiddel is in de zin van artikel 13 van het EVRM.<sup>2092</sup> Het Hof benadrukte in zijn arrest dat iemand die een verdedigbare grief inzake artikel 3 van het EVRM aanvoert, het recht heeft om toegang te krijgen tot een rechtscollege dat bevoegd is om de inhoud van de grief te onderzoeken en het gepaste herstel te bieden. Deze persoon heeft ook recht op een beroep dat van rechtswege opschortend is en heeft recht op een beroep dat een ‘aandachtige’, ‘volledige’ en ‘strikte’ controle mogelijk maakt van de situatie van de verzoeker. Volgens het Grondwettelijk Hof voldoet het annulatieberoep bij de Raad tegen een beslissing van niet-inoverwegingname van het CGVS niet omdat (i) het annulatieberoep bij de Raad de beslissing van het CGVS niet schorst en (ii) het annulatieberoep een onderzoek impliceert van de wettigheid van de bestreden beslissing op grond van de elementen waarvan de overheid kennis had toen de beslissing werd genomen. De Raad is bij het behandelen van het annulatieberoep dus niet verplicht om eventuele nieuwe bewijselementen in overweging te nemen. De Raad is evenmin verplicht om de actuele situatie van de verzoekers op het moment wanneer de Raad uitspraak doet ten opzichte van de situatie in hun land van herkomst te onderzoeken. Uit deze vaststelling besluit het Hof dat het annulatieberoep geen daadwerkelijk rechtsmiddel is in de zin van artikel 13 van het EVRM.<sup>2093</sup>

---

<sup>2087</sup> Art. 39/2, § 1, eerste lid, Vreemdelingenwet. De hervormingsbevoegdheid van de Raad wordt meestal aangeduid als ‘volle rechtsmacht’. In dit proefschrift zal consequent het begrip ‘hervormingsbevoegdheid’ en ‘hervormingsberoep’ worden gebruikt.

<sup>2088</sup> Art. 39/2, § 2, Vreemdelingenwet.

<sup>2089</sup> Art. 39/76, § 1, Vreemdelingenwet.

<sup>2090</sup> Art. 39/2, § 1, tweede lid, 1° en 2°, Vreemdelingenwet.

<sup>2091</sup> Art. 39/2, § 1, derde lid, Vreemdelingenwet.

<sup>2092</sup> GwH 16 januari 2014, nr. 1/2014.

<sup>2093</sup> GwH 16 januari 2014, nr. 1/2014, B.6.1.-B.6.2.

902. Het is vanuit de bezorgdheid dat de conclusies van het Grondwettelijk Hof mogelijk ook gevolgen hebben voor andere categorieën van asielzoekers voor wie enkel een annulatieberoep open staat, dat de Raad de tenuitvoerlegging van een niet-inoverwegingname van een meervoudige asielaanvraag, bij uiterst dringende noodzakelijkheid schorste.<sup>2094</sup>

903. Als gevolg van deze rechtspraak werden een aantal wetswijzigingen doorgevoerd bij middel van de wet van 10 april 2014 houdende diverse bepalingen met betrekking tot de procedure voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen en voor de Raad van State (hierna: de wet van 10 april 2014).<sup>2095</sup> Tegen beslissingen tot niet-inoverwegingneming van een asielaanvraag van een onderdaan van een veilig land van herkomst<sup>2096</sup> en van een meervoudige asielaanvraag<sup>2097</sup>, is nu een automatisch schorsend hervormingsberoep bij de Raad mogelijk. De omvang van dit beroep is wat ruimer dan het 'klassieke' hervormingsberoep. Het beroep tegen deze twee soorten beslissingen tot niet-inoverwegingneming houdt in dat de Raad de bestreden beslissing niet alleen kan bevestigen, hervormen of vernietigen wegens substantiële onregelmatigheden of omdat essentiële elementen ontbreken, maar ook kan vernietigen omdat er ernstige aanwijzingen bestaan dat de verzoeker in aanmerking zou komen voor de erkenning van de hoedanigheid van vluchteling of voor de toekenning van subsidiaire bescherming.<sup>2098</sup> Het CGVS moet het arrest en het gezag van gewijsde respecteren. Dit heeft tot gevolg dat bij vernietiging in deze gevallen het CGVS de aanvraag in overweging neemt en de procedure ten gronde verder wordt gezet.<sup>2099</sup> De bedoeling van de wetgever is dat het herstel van een onregelmatigheid, die ontstaat omdat er ernstige aanwijzingen bestaan dat de verzoeker in aanmerking komt voor de erkenning van de hoedanigheid van vluchteling of voor de toekenning van subsidiaire bescherming, moet kunnen leiden tot de vernietiging van de bestreden beslissing zonder dat de rechter in eerste instantie verplicht is om deze beoordeling zelf te doen. In dat geval staat de asielprocedure weer open bij het CGVS. Indien de rechter van oordeel is dat hij beschikt over de nodige elementen voor de volledige uitoefening van zijn bevoegdheden, dan kan de rechter de status van internationale bescherming verlenen.<sup>2100</sup>

904. Tegen beslissingen van het CGVS tot niet-inoverwegingneming van een asielaanvraag ingediend door een Unieburger, of van een asielaanvraag van een vreemdeling die al een vluchtelingenstatus heeft verkregen in een lidstaat van de EU en de zgn. technische weigeringen door het CGVS, blijft echter enkel een niet-schorsend annulatieberoep bij de Raad open waarbij de Raad uitspraak doet wegens een overtreding van hetzij substantiële, hetzij op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, overschrijding of afwending van macht.<sup>2101</sup> Dit houdt in wezen een *ex tunc* wettigheidstoetsing in die nagaat of het bestuur uitgegaan is van de juiste feiten, deze feiten correct heeft geïnterpreteerd en of de beslissing niet in onevenredige verhouding staat met de toen vastgestelde feiten.

---

<sup>2094</sup> RvV 31 januari 2014, nr. 118.156.

<sup>2095</sup> Wet van 10 april 2014 houdende diverse bepalingen met betrekking tot de procedure voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen en voor de Raad van State, *BS* 21 mei 2014.

<sup>2096</sup> Art. 57/6/1, eerste lid, Vreemdelingenwet.

<sup>2097</sup> Art. 57/6/2 Vreemdelingenwet.

<sup>2098</sup> Art. 39/2, § 1, tweede lid, 3°, Vreemdelingenwet.

<sup>2099</sup> Amendementen van 18 maart 2014 bij het wetsontwerp van het wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en tot wijziging van de gecoördineerde wetten van 13 januari 1973 op de Raad van State, *Parl.St. Kamer* 2013-2014, doc. nr. 53-3445/002, 9-10.

<sup>2100</sup> Amendementen van 18 maart 2014 bij het wetsontwerp van het wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en tot wijziging van de gecoördineerde wetten van 13 januari 1973 op de Raad van State, *Parl.St. Kamer* 2013-2014, doc. nr. 53-3445/002, 12.

<sup>2101</sup> Art. 39/2, § 1, laatste lid, en § 2, Vreemdelingenwet.

Evenwel kan worden geargumenteed dat artikel 13 EVRM en de nakende omzetting van artikel 46 van de Procedurerichtlijn 2013, geïnterpreteerd in het licht van artikel 47 van het Handvest, vereisen dat ook voor de beslissingen tot niet inoverwegingname, die betrekking hebben op aanvragen om internationale bescherming, een hervormingsberoep wordt voorzien met automatisch schorsend effect.

905. Ook tegen beslissingen die verband houden met het migratiecontentieux, zoals negatieve beslissingen die worden genomen in het kader van verblijfsprocedures o.b.v. humanitaire gronden of medische gronden of om redenen die verband houden met mensenhandel, verzwaarde vormen van mensensmokkel of niet-begeleide minderjarige vreemdelingen, alsook tegen verwijderingsbeslissingen is enkel een annulatieberoep bij de Raad mogelijk, behoudens toepassing van artikel 39/79 van de Vreemdelingenwet.

906. De Raad zal bij het onderzoek van een gewoon annulatieberoep tegen een verwijderingsbeslissing enkel nagaan of het bestuur uitgegaan is van de juiste feiten, deze feiten correct heeft geïnterpreteerd en of de beslissing niet in onevenredige verhouding staat met de toen vastgestelde feiten. Daarbij hanteert de Raad in beginsel een *ex tunc*-toetsing, aangezien in het annulatiecontentieux van de Raad de regelmatigheid van een administratieve beslissing dient te worden beoordeeld in functie van de gegevens waarover de overheid, d.i. de DVZ, ten tijde van het nemen van de verwijderingsbeslissing kon beschikken om deze te nemen.<sup>2102</sup> Het onderzoek naar de wettigheid van de bestreden verwijderingsbeslissing gebeurt in beginsel dus op grond van elementen waarvan de DVZ kennis had op het ogenblik dat de verwijderingsbeslissing werd getroffen. De Raad zou zijn bevoegdheid overschrijden door bij zijn wettigheidstoetsing rekening te houden met gegevens die dateren van na de bestreden beslissing.<sup>2103</sup>

De Raad kan gegevens die in een latere humanitaire verblijfsaanvraag aan het licht zijn gekomen, niet betrekken bij de beoordeling van een humanitaire verblijfsbeslissing die betrekking heeft op een oudere aanvraag, ook al kunnen deze van determinerend belang zijn voor de beoordeling ervan. Dit leidt tot het besef dat de Raad niet zelden beroepen behandelt waarin achter de feiten wordt aangehold en waarvan de uitkomst dus per definitie gedateerd is.

907. De beperkte omvang van het annulatieberoep dat tegen een verwijderingsbeslissing en een negatieve humanitaire verblijfsbeslissing kan worden ingediend, staat in schril contrast met de ruimere omvang van het hervormingsberoep dat tegen een asielbeslissing kan worden ingediend. De scheiding tussen verwijderingsbeslissingen, enerzijds, en een ten gronde asielbeslissing, anderzijds, wil zeggen dat grieven in het kader van een verdubbelde beroepsprocedure in één context volledig en *ex nunc* worden onderzocht en in een andere context enkel beperkt wordt getoetst.

908. De Raad heeft in zijn Algemene Vergadering echter een nuancering in het wettigheidstoezicht aangebracht en gesteld dat het toelaten dat stukken die voor het eerst bij het verzoekschrift worden gevoegd in de debatten worden betrokken, gerechtvaardigd is in twee gevallen. Het eerste betreft het geval waarin de administratieve overheid een administratieve rechtshandeling neemt op eigen initiatief m.a.w. zonder dat de verzoekende

---

<sup>2102</sup> RvS 23 september 2002, nr. 110.548; RvS 26 februari 2009, nr. 4069 (c) en de vaste rechtspraak van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen: RvV 25 oktober 2007, nr. 3139; RvV 20 november 2007, nr. 3810; RvV 16 juni 2008, nr. 12.612; RvV 27 mei 2008, nr. 11.815; RvV 15 september 2008 nr. 15.886; RvV 2 oktober 2008, nr. 16.875; RvV 23 januari 2009, nr. 21.875; RvV 19 maart 2009, nr. 24.736; RvV 15 juni 2009, nr. 28.654. Zie vernietiging door de RvS van een arrest waarbij de RvV een negatieve verblijfsbeslissing vernietigde, rekening houdend met een medisch stuk dat dateerde van na deze weigeringsbeslissing: RvS 6 mei 2014, nr. 227.036 en RvV 26 september 2013, nr. 110.673.

<sup>2103</sup> RvS 18 juni 2009, nr. 194.395.

partij erom gevraagd heeft. Het tweede betreft het geval waarin de administratieve overheid weigert het voordeel te verlenen dat de verzoekende partij heeft gevraagd. In dit geval moet zij reeds in haar aanvraag uiteenzetten waarom zij meent aanspraak te kunnen maken op het gevraagde. Weliswaar kan de administratieve overheid overwegen haar de gunst te weigeren om redenen waarop de verzoekende partij onmogelijk kon anticiperen bij het doen van haar aanvraag. In dat geval moet de administratieve overheid haar de gelegenheid geven haar standpunt kenbaar te maken nopens de feiten die aan die redenen ten grondslag liggen en nopens de appreciatie van die feiten, met name doordat de Raad het nieuwe stuk bij het onderzoek betreft.<sup>2104</sup> Deze nuancering dekt echter de ‘ex nunc’-toetsing die wordt vereist door artikel 3 EVRM niet geheel. Om internationale verplichtingen te kunnen naleven, is de Raad daardoor soms gedwongen om buiten zijn wettigheidstoezicht te treden. In een zaak met betrekking tot een Dublinoverdracht naar Malta, nam de Raad internationale rapporten, recente arresten van het EHRM en bijkomende argumenten van de verzoeker in overweging hoewel deze dateerden van na de bestreden beslissing. De Raad motiveerde als volgt: *“Hoewel dit op gespannen voet staat met de bevoegdheid van de Raad op grond van artikel 39/2, §2 van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, dient er volgens de rechtspraak van het EHRM een “full and ex nunc assessment” plaats te vinden van de toestand in het land van bestemming (EHRM 23 mei 2007, Salah Sheekh v. Nederland, § 136).”*<sup>2105</sup>

909. Niettemin blijft de conclusie, zoals ook onderschreven door het Grondwettelijk Hof, dat de Raad, wanneer hij in een gewoon annulatieberoep een onderzoek uitvoert naar artikel 3 EVRM, er niet toe gehouden is de eventuele nieuwe bewijselementen die de betrokken vreemdeling hem voorlegt, in overweging te nemen. De Raad is er evenmin toe gehouden om, teneinde de wettigheidstoetsing uit te voeren, de actuele situatie van de betrokken vreemdeling te onderzoeken, met andere woorden, de situatie op het ogenblik dat hij uitspraak doet, ten opzichte van de situatie die gold in zijn land van herkomst.<sup>2106</sup>

910. Daarenboven wordt soms door de Raad geoordeeld dat een verwijderingsbeslissing niet méér inhoudt dan de vaststelling van de illegale verblijfstoestand van een vreemdeling en dat het de vreemdeling niet dwingt om terug te keren naar het land van herkomst, maar enkel het grondgebied van België (en eventueel de Schengenstaten) te verlaten.<sup>2107</sup> Deze visie gaat er van uit dat het land dat in de beslissing wordt aangeduid als het land van nationaliteit niet noodzakelijk het land is waarnaar een vreemdeling dient terug te keren of waarnaar hij gedwongen zal worden verwijderd indien hij op vrijwillige basis geen gevolg geeft aan het bevel om het grondgebied te verlaten. Het is immers zo dat de Raad, wanneer hij wordt gevat door een gewoon annulatieberoep waarbij een grief inzake artikel 3 EVRM wordt aangevoerd, in beginsel enkel op hypothetische wijze uitspraak kan doen over deze grief, aangezien er geen zekerheid is over het land waarnaar de vreemdeling zal terugkeren of het land waarnaar de vreemdeling gedwongen zal worden verwijderd, wat des te meer geldt wanneer niet valt uit te maken wat het land van herkomst is van de vreemdeling.

Uit al het voorgaande zou men kunnen afleiden dat in bepaalde gevallen een schending van artikel 3 EVRM soms pas nuttig en deugdelijk kan worden opgeworpen bij een gedwongen uitvoering van de verwijderingsbeslissing, tenminste wanneer het land waarheen de vreemdeling gedwongen wordt verwijderd reeds geïdentificeerd en gekend is.

---

<sup>2104</sup> RvV 17 februari 2011, Algemene Vergadering, nr. 56.201.

<sup>2105</sup> RvV30 januari 2014, nr. 117.992

<sup>2106</sup> Zie de omschrijving van de annulatiebevoegdheid van de Raad in GwH 16 januari 2014, nr. 1/2014, B.6.2.

<sup>2107</sup> Zie RvV 22 september 2011, nr. 67.124 en RvV 21 december 2011, nr. 72.406.

*B. Versnelde procedures: ernstige impact op het beginsel van redelijke termijnen en automatisch schorsend beroep*

911. Meervoudige aanvragen<sup>2108</sup>, aanvragen van asielzoekers afkomstig uit een veilig land van herkomst<sup>2109</sup>, aanvragen van EU-onderdanen<sup>2110</sup>, aanvragen van een in een ander EU-land erkende vluchteling<sup>2111</sup>, alsook andere aanvragen<sup>2112</sup> worden reeds door het CGVS bij voorrang of in een versnelde procedure behandeld.

De gewone beroepstermijnen bedragen 30 dagen of 15 dagen indien sprake is van vasthouding.<sup>2113</sup> Als tegengewicht voor het openstellen van een automatisch schorsend beroep tegen beslissingen tot niet-inoverwegingneming van meervoudige asielaanvragen of aanvragen uit een veilig land van herkomst, gelden er evenwel verkorte beroepstermijnen. In eerste instantie dient het beroep te worden ingediend binnen de vijftien dagen na de kennisgeving van de bestreden beslissing, ongeacht of er sprake is van vasthouding. Deze beroepstermijn wordt, specifiek voor een eerste beslissing tot niet-inoverwegingneming van meervoudige asielaanvragen, teruggebracht tot tien dagen indien het beroep wordt ingediend door een vreemdeling die wordt vastgehouden op een welbepaalde plaats zoals bedoeld in artikelen 74/8 en 74/9 van de Vreemdelingenwet of die ter beschikking is gesteld van de regering. Indien het beroep van de vastgehouden asielzoeker betrekking heeft op een tweede of volgende beslissing tot niet-inoverwegingneming, dan wordt de beroepstermijn verder teruggebracht tot vijf dagen.<sup>2114</sup> Er zijn zeer korte termijnen voorzien voor indienen van een verweernota en het vaststellen van de zitting.

De Raad dient vervolgens een uitspraak te doen binnen de 30 dagen na ontvangst van het beroep tegen beslissingen tot niet-inoverwegingneming van meervoudige aanvragen of aanvragen uit een veilig land van herkomst (de zgn. één maand-procedure).<sup>2115</sup> Indien het beroep betrekking heeft op een beslissing tot niet-inoverwegingneming van een aanvraag uit een veilig land van herkomst en de vreemdeling wordt vastgehouden, dan doet de Raad uitspraak binnen de vijf werkdagen na sluiting van de debatten.<sup>2116</sup> Wanneer het beroep een beslissing tot niet-inoverwegingneming van een meervoudige aanvraag betreft en de vreemdeling wordt vastgehouden, dan dient de Raad een uitspraak te doen binnen twee werkdagen na de sluiting van de debatten.<sup>2117</sup>

In andere wettelijk bepaalde gevallen worden de beroepen door de Raad bij voorrang onderzocht en er dient uitspraak te worden gedaan binnen de twee maanden i.p.v. van de gewoonlijke drie maanden.<sup>2118</sup>

Uit de praktijk blijkt dat al deze verschillende versnelde procedures de toegang tot een daadwerkelijk rechtsmiddel echter complex maken, weinig voorbereidingstijd geven aan de vreemdeling om een onderbouwd beroep in te dienen, het tegensprekelijk debat bemoeilijken en een zorgvuldig en nauwgezet onderzoek van de aangevoerde grieven bemoeilijken.

---

<sup>2108</sup> Artikel 57/6/2, Vreemdelingenwet: binnen de acht werkdagen, bij vasthouding binnen de twee werkdagen.

<sup>2109</sup> Artikel 57/6/1, Vreemdelingenwet: binnen de vijftien werkdagen.

<sup>2110</sup> Art. 57/6, eerste lid, 2°, Vreemdelingenwet: binnen vijf werkdagen.

<sup>2111</sup> Art. 57/6/3, Vreemdelingenwet: binnen vijftien werkdagen.

<sup>2112</sup> Art. 52 (bv. technische weigeringen, motieven vreemd aan asiel, bedrieglijke aanvragen of manifest ongegrond) en art. 52/2, § 1, Vreemdelingenwet (bv. asielzoeker weigert verklaringen af te leggen of weigert zijn identiteit of nationaliteit mee te delen): binnen twee maanden. Art. 52/2, § 2, Vreemdelingenwet: binnen de 15 dagen (bv. vasthouding, positief injunctierecht, gevaar openbare orde of nationale veiligheid)

<sup>2113</sup> Art. 39/57, § 1, Vreemdelingenwet.

<sup>2114</sup> Art. 39/57, § 1, lid 2, 3°, Vreemdelingenwet.

<sup>2115</sup> Art. 39/76, § 3, derde lid, Vreemdelingenwet.

<sup>2116</sup> Art. 39/77, § 2, eerste lid, Vreemdelingenwet.

<sup>2117</sup> Art. 39/77/1, § 2, tweede lid, Vreemdelingenwet.

<sup>2118</sup> Art. 39/76, § 3, tweede lid, Vreemdelingenwet.

Belangrijk voor een goede en optimale werking van de Raad lijkt dan ook een vereenvoudiging of vermindering van de verschillende versnelde procedures en het uniformiseren van de verschillende termijnen die gekoppeld zijn aan deze talrijke procedures. In het licht van de toekomstige omzetting in nationaal recht, moet worden benadrukt dat in artikel 31, lid 8, Procedurerichtlijn 2013, tien situaties worden opgesomd waarin een procedure versneld mag worden. Uit deze opsomming blijkt dat het loutere gegeven dat een vreemdeling wordt vastgehouden, geen grond is om de procedure te versnellen. Voorts moet er op worden gewezen dat in artikel 8 van de herziene Opvangrichtlijn 2013<sup>2119</sup> uitdrukkelijk wordt bepaald dat vasthouding alleen mogelijk is in acht situaties die op exhaustieve wijze worden opgesomd.

912. Parallel met het invoeren van een versnelde procedure werd bepaald, voor wat betreft beslissingen tot niet-inoverwegingneming van een meervoudige aanvraag, dat van het automatisch schorsend effect van het ingediende beroep bij de Raad kan worden afgeweken in twee welbepaalde gevallen: (i) een tweede asielaanvraag werd ingediend binnen de achtenveertig uur voor de verwijdering louter teneinde de uitvoering van een beslissing die tot zijn verwijdering van het grondgebied zou leiden, te vertragen of te verhinderen en een terugkeerbesluit volgens het CGVS niet leidt tot directe of indirecte refoulement; of (ii) de betrokkene heeft een derde asielaanvraag ingediend nadat een definitieve beslissing werd genomen over een eerste volgende asielaanvraag en een terugkeerbesluit volgens het CGVS niet leidt tot directe of indirecte refoulement.<sup>2120</sup>

913. De wetgever benadrukt dat in deze wettelijk gedefinieerde, specifieke omstandigheden het louter indienen van een volgende asielaanvraag niet tot resultaat mag hebben dat het terugkeerbeleid wordt verhinderd. De wetgever meent dat dit conform is met artikel 41 van Richtlijn 2013/32/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale bescherming (hierna: Procedurerichtlijn 2013). Dit artikel bepaalt dat onder restrictieve voorwaarden een uitzondering kan worden gemaakt op het recht om op het grondgebied van de lidstaat te blijven tijdens de behandeling van het verzoek door de beslissingsautoriteit, in zoverre deze beslissingsautoriteit van oordeel is dat een terugkeerbesluit niet zal leiden tot direct of indirect refoulement. Voorts kunnen lidstaten in deze welbepaalde gevallen ook afwijken van het automatisch schorsend karakter van het beroep tegen de asielbeslissing, alsook van het automatisch schorsend karakter tegen de verwijderingsbeslissing. Het indienen van asielaanvraag na asielaanvraag louter om de uitvoering van een verwijdering uit te stellen of te verijdelen, kan geen afbreuk doen aan het asiel- en terugkeerbeleid. De wetgever betoogt verder dat wanneer het een derde asielaanvraag betreft, het Unierecht en het internationaal recht er zich niet tegen verzetten dat een overheid die al zijn verplichtingen heeft nagekomen, die het beginsel van non-refoulement volledig respecteert en beschikt over een billijk en efficiënt asielstelsel, derhalve kan beslissen dat de asielzoeker wordt verplicht om terug te keren. Het lijkt volgens de wetgever gepast, mits het beginsel van non-refoulement volledig wordt gerespecteerd, dat een asielzoeker die herhaaldelijk asielaanvragen indient, niet langer als asielzoeker op het grondgebied mag blijven louter ten behoeve van de beroepsprocedure bij de Raad, wanneer na een beoordeling van het individuele geval uit alle relevante omstandigheden blijkt dat dit asielverzoek is ingediend met als enig doel de uitvoering van een verwijdering uit te stellen of te verijdelen.<sup>2121</sup>

<sup>2119</sup> Richtlijn 2013/33/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 tot vaststelling van normen voor de opvang van verzoekers om internationale bescherming (herschikking), *Pb.L.* 29 juni 2013, afl. 180, 96.

<sup>2120</sup> Art. 39/70, tweede lid, Vreemdelingenwet.

<sup>2121</sup> Amendementen van 18 maart 2014 bij het wetsontwerp van het wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en tot wijziging van de gecoördineerde wetten van 13 januari 1973 op de Raad van State, *Parl.St.* Kamer 2013-2014, doc. nr. 53-3445/002, 10-11. Zie in deze zin ook HvJ 30 mei 2013, C-534/11, *Arslan*, par. 60 e.v.

914. De uitzondering voorzien in artikel 41 Procedurerichtlijn 2013 op het recht om op het grondgebied te blijven, wordt door de wetgever wel beperkt ingevuld. Het indienen van een meervoudige aanvraag bij het CGVS blijft een schorsend effect kennen en garandeert dus een effectieve toegang tot de asielprocedure. De asielzoeker kan de beslissing van het CGVS op het grondgebied afwachten. Het is enkel voor het indienen van een beroep tegen beslissingen tot niet-inoverwegingneming van een meervoudige aanvraag dat in de twee welbepaalde gevallen van het automatisch schorsend karakter kan worden afgeweken. Dit houdt in dat de asielzoeker de uitkomst van zijn beroep bij de Raad niet op het grondgebied mag afwachten en dat een verwijderingsmaatregel gedwongen kan worden uitgevoerd. Daarbij geldt wel de waarborg dat het terugkeerbesluit niet leidt tot direct of indirect refoulement. Volgens artikel 41 Procedurerichtlijn 2013 is het de beslissingsautoriteit die moet oordelen of een terugkeerbesluit niet zal leiden tot direct of indirect refoulement. In de Belgische context betekent dit dat het CGVS zulk oordeel zal moeten vellen, bijvoorbeeld door het invoegen van een terugleidingsclausule in de beslissing.<sup>2122</sup> Meestal is in deze gevallen sprake van vasthouding en is een versnelde procedure, conform artikel 39/77/1 Vreemdelingenwet, van toepassing.

915. De wetgever poneert dat het Unierecht en het internationaal recht er zich niet tegen verzetten dat een overheid die al zijn verplichtingen is nagekomen, die het beginsel van non-refoulement volledig respecteert en beschikt over een billijk en efficiënt asielstelsel, derhalve kan beslissen dat de asielzoeker wordt verplicht om terug te keren. Het lijkt volgens de wetgever gepast, mits het beginsel van non-refoulement volledig wordt gerespecteerd, dat een asielzoeker die herhaaldelijk asielaanvragen indient niet langer als asielzoeker op het grondgebied mag blijven louter ten behoeve van de beroepsprocedure bij de Raad, wanneer na een beoordeling van het individuele geval uit alle relevante omstandigheden blijkt dat dit asielverzoek is ingediend met als enig doel de uitvoering van een verwijdering uit te stellen of te vrijdelen.

De wetgever verwijst specifiek naar de zaak *Arslan*, maar deze zaak had betrekking op de Terugkeerrichtlijn. Hierbij werd geoordeeld dat de Opvangrichtlijn en de Asielprocedurerichtlijn 2005 er zich niet tegen verzetten dat de vreemdeling, die in bewaring is gesteld en die om internationale bescherming verzoekt, op grond van een bepaling van nationaal recht in bewaring blijft, wanneer na een beoordeling in het individuele geval uit alle relevante omstandigheden blijkt dat dit verzoek is ingediend met als enig doel de uitvoering van het terugkeerbesluit uit te stellen of te vrijdelen en dat het objectief noodzakelijk en evenredig is om de bewaringsmaatregel te handhaven ter vermindering dat de betrokkene zich definitief aan zijn terugkeer onttrekt.<sup>2123</sup> Het HvJ verwijst naar artikel 23, lid 4, sub j, van de Asielprocedurerichtlijn 2005 dat bepaalt dat de omstandigheid dat de asielzoeker enkel een verzoek indient teneinde de uitvoering van een eerdere of van een op handen zijnde beslissing die tot zijn verwijdering zou leiden, uit te stellen of te vrijdelen, in aanmerking kan worden om het verzoek versneld of bij voorrang te behandelen. Volgens het Hof zorgt de Asielprocedurerichtlijn er aldus voor dat de lidstaten over de nodige instrumenten beschikken om de doeltreffendheid van de terugkeerprocedure te waarborgen door te vermijden dat deze langer wordt geschorst dan noodzakelijk is voor de correcte behandeling van het verzoek.

---

<sup>2122</sup> Art. 57/6/2, eerste lid, Vreemdelingenwet.

<sup>2123</sup> Amendementen van 18 maart 2014 bij het wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en tot wijziging van de gecoördineerde wetten van 13 januari 1973 op de Raad van State, *Parl. St.* Kamer 2013-2014, doc nr. 53-3445/002, 10-11. Zie HvJ 30 mei 2013, C-534/11, *Arslan*, par. 60 e.v.

Met andere woorden, de versnelde behandeling van de asielaanvraag zorgt ervoor dat een langere termijn van bewaring aanvaardbaar is en waarborgt de doeltreffendheid van een terugkeerbesluit.

Het is evenwel m.i. moeilijk aannemelijk om uit de zaak *Arslan* te besluiten dat een eventuele uitzondering op het automatisch schorsend karakter van het beroep, geen afbreuk doet aan het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel. De uitvoering die de wetgever hier geeft aan artikelen 41 en 46 van de Procedurerichtlijn moet in overeenstemming zijn met het effectiviteitsbeginsel en artikel 47 van het Handvest. Dit betekent dat een afwijking op het automatisch schorsend karakter van het beroep redelijk en proportioneel dient te zijn, waarbij moet rekening worden gehouden met het feit dat het beginsel van non-refoulement het voorwerp uitmaakt van de zaak en waarbij tevens rekening moet worden gehouden met de specifieke omstandigheden van een individueel geval.

916. Het is de vraag of het vereiste onderzoek in volle rechtsmacht, dat in deze gevallen nog steeds blijft gelden, conform artikel 46, lid 1,(a) (ii) en lid 3, effectief kan zijn in die zin van artikel 13 EVRM en artikel 47 van het Handvest wanneer er geen sprake is van een automatisch schorsend beroep.

In de zaak *Mohammed* oordeelde het EHRM dat zelfs als de eerste asielaanvraag van de verzoeker grondig was onderzocht, een heronderzoek in een versnelde procedure de verzoeker een recht op een grondig onderzoek van zijn tweede asielaanvraag niet ontnemt, noch het recht op toegang tot een rechtsmiddel met een automatisch schorsend effect. Het Hof herinnerde eraan dat waar een verzoeker een verdedigbare grief heeft onder artikel 3 EVRM, deze toegang dient te hebben tot een rechtsmiddel met een automatisch schorsend effect. Een herhaalde aanvraag mag niet automatisch als manifest ongegrond of als getuigend van misbruik worden beschouwd. Er dient steeds een voorafgaand onderzoek plaats te vinden naar de omstandigheden waarin een herhaalde aanvraag wordt ingediend. Het Hof lijkt aan te geven dat indien een herhaalde aanvraag *prima facie* als “*abusively repetitive*” of “*entirely manifestly unfounded*” kon worden aangemerkt, het rechtsmiddel niet gepaard moet gaan met een automatisch schorsend effect.<sup>2124</sup>

917. Nagaan of een herhaalde aanvraag evenwel manifest ongegrond is, betekent in wezen dat men reeds nagaat of er sprake is van een verdedigbare grief. Vaststellen dat er sprake is van misbruik sluit dan weer een verdedigbare grief niet uit. Het Hof oordeelde meermaals in die zin dat er een zinvol onderzoek en beoordeling moet plaatsvinden van de verdedigbaarheid van een grief.<sup>2125</sup> Het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel vereist derhalve altijd een voorafgaand onderzoek naar de verdedigbaarheid van een grief op grond van artikel 3 EVRM. Het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel vereist overigens ook dat er voldoende tijd aan de vreemdeling moet worden gegund om een rechtsmiddel in te dienen tegen een verwijderingsmaatregel.<sup>2126</sup> In lijn met het verdere betoog van het Hof en de eerdere rechtspraak blijkt voorts dat een vreemdeling tegen verwijdering moet worden beschermd tot beoordeeld is of er sprake is van een verdedigbare grief op grond van artikel 3 EVRM, met name of er sprake is van een *prima facie* reëel risico op schending van artikel 3 EVRM, bijvoorbeeld omwille van gewijzigde omstandigheden.<sup>2127</sup> Mijns inziens betekent dit dat door de Raad, in een voorafgaand onderzoek, moet worden beoordeeld of (i) uit alle relevante omstandigheden blijkt dat de herhaalde asielaanvraag werd ingediend met als enig doel de uitvoering van een verwijdering uit te stellen of te verijdelen en (ii) of er sprake is van een verdedigbare grief, met name of op goede gronden werd gesteld dat het terugkeerbesluit niet

---

<sup>2124</sup> EHRM 6 juni 2013, nr. 2283/12, *Mohammed v. Oostenrijk*, par. 80.

<sup>2125</sup> EHRM 11 juli 2000, nr. 40035/98, *Jabari v. Turkije*, par. 40.

<sup>2126</sup> EHRM 12 april 2005, nr. 36378/02, *Shamayev e.a. v. Georgië en Rusland*, par. 460.

<sup>2127</sup> EHRM 6 juni 2013, nr. 2283/12, *Mohammed v. Oostenrijk*, par. 81.



leidt directe of indirecte refolement. Zolang dit voorafgaand onderzoek niet heeft plaatsgevonden kan een verwijderingsmaatregel niet worden uitgevoerd en kan niet worden afgeweken van het automatisch schorsend karakter van het beroep. In het licht van de noodzaak aan zulk voorafgaand onderzoek, lijkt me dat het meteen overgaan tot een inhoudelijk onderzoek van het beroep met een schorsend karakter, minstens even efficiënt is.

918. Daargelaten de vraag of een dergelijk voorafgaand onderzoek moet plaatsvinden, kan volgens het EHRM de daadwerkelijkheid van een rechtsmiddel worden verzekerd door het geheel van of de combinatie aan rechtsmiddelen voorzien in het intern recht.<sup>2128</sup> In de Vreemdelingenwet bestaat nog steeds de mogelijkheid om een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid in te dienen tegen de gedwongen uitvoering van de verwijderingsbeslissing die volgt na de beslissing tot niet-inoverwegingneming, waardoor het gebrek aan automatische schorsende werking van het beroep tegen de beslissing tot niet-inoverwegingneming wordt gecompenseerd.<sup>2129</sup>

Het lijkt me dat rechterlijke toetsing in UDN ten aanzien van een verwijderingsbeslissing ook oog dient te hebben voor een eventueel risico op refolement, in het bijzonder of het CGVS op goede gronden heeft geoordeeld dat het terugkeerbesluit geen risico inhoudt op refolement. In deze procedure kan de verzoeker dan een verdedigbare grief laten gelden, bijvoorbeeld op grond van artikel 3 EVRM, die meestal verbonden zal zijn met zijn herhaalde aanvraag en de aangevoerde nieuwe elementen. In deze procedures bij uiterst dringende noodzakelijkheid zal bijgevolg minstens moeten worden nagegaan of er sprake is van een verdedigbare grief onder artikel 3 EVRM. Zoals eerder gesteld vereist een toetsing aan artikel 3 EVRM een nauwgezet, volledig en zorgvuldig onderzoek van de juridische en feitelijke gronden en is dit onderzoek in volle rechtsmacht dus verregaander dan een louter wettigheidstoezicht. Deze procedures bij uiterst dringende noodzakelijkheid werden door de wetswijzigingen van 10 april 2014 in lijn gebracht met de vereisten van een recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel, zodat een automatisch schorsend effect wordt gegarandeerd, alsook een *ex nunc* en volledig onderzoek van de aangevoerde grief.<sup>2130</sup>

919. De uitzondering op het automatisch schorsend karakter van het beroep tegen een beslissing tot niet-inoverwegingneming, zorgt in de praktijk wederom voor een verdubbeling van het aantal beroepsprocedures wat niet efficiënt noch proceseconomisch noch kostenbesparend is. Immers een uitspraak over het beroep in UDN tegen de uitvoering van een verwijderingsmaatregel houdt in wezen eveneens een beoordeling in van de inhoud van het beroep tegen de niet-inoverwegingname van een herhaalde aanvraag, aangezien een beoordeling van het refolement risico aan de basis ligt van beide beroepen. In de tijdspanne dat de Raad zich zou moeten uitspreken over het UDN beroep, zou reeds een inhoudelijke beoordeling over de vraag of de nieuwe gegevens ernstige aanwijzingen zijn van een beschermingsnood gemaakt kunnen worden.

Het doel van een daadwerkelijk rechtsmiddel is om onomkeerbare schade, dit is foltering of onmenselijke of vernederende behandeling, te voorkomen. Het gegeven dat een extra UDN procedure moet worden ingezet om onomkeerbare schade te voorkomen, maakt de toegang tot een rechtsmiddel complex en ondermijnt de daadwerkelijkheid ervan. Daardoor komt het vandaag reeds voor dat de Raad zich moet buigen over een tweede of derde herhaald verzoek tot internationale bescherming, terwijl de betrokkene reeds verwijderd is en het risico bestaat dat onomkeerbare schade eventueel niet is voorkomen.<sup>2131</sup>

---

<sup>2128</sup> EHRM 26 april 2007, nr. 25389/05, *Gebremedhin v. Frankrijk*, par. 53.

<sup>2129</sup> Art. 39/82, § 4, tweede lid, en art. 39/85 Vreemdelingenwet.

<sup>2130</sup> Art. 39/83, art. 39/82, § 4, vierde lid, en art. 39/85, § 1, derde lid, Vreemdelingenwet.

<sup>2131</sup> Zie bijvoorbeeld RvV 2 oktober 2014, nr. 130.784.

Een verdubbeling van de beroepsprocedures belemmert ook een nauwgezette beoordeling van de inhoud van het beroep. Daarbij moet worden benadrukt dat een herhaalde aanvraag niet automatisch als manifest ongegrond of als getuigend van misbruik mag worden beschouwd. Steeds moet voorafgaand onderzoek plaats vinden naar de omstandigheden waarin een herhaalde aanvraag wordt ingediend en naar het bestaan van een verdedigbare grief. Omtrent het refolement advies moet tevens worden opgemerkt dat het CGVS enkel bevoegd is om een non refolement advies te verlenen in zoverre dit verband houdt met de vraag om internationale bescherming, maar dit niet de volledige lading van artikel 3 EVRM dekt, bv. in het geval van ernstig zieke vreemdelingen. Het is verder onduidelijk of het advies bindend is voor de DVZ die bevoegd is inzake het verwijderingsbeleid. Dit heeft belangrijke consequenties voor de aanvechtbaarheid ervan bij de Raad.<sup>2132</sup>

Nu de verzoeker toch een verdedigbare grief en een automatisch schorsend effect kan laten gelden via de omweg van procedures bij uiterst dringende noodzakelijkheid, is het dan ook de vraag of de daadwerkelijke rechtsbescherming die moet worden voorzien door de nationale overheden, niet op een veel efficiëntere wijze kan worden verleend en bekomen indien aan het beroep tegen de beslissing tot niet-inoverwegneming van een herhaalde aanvraag steeds een automatisch schorsend effect wordt verleend? Levert het niet-toekennen van een automatisch schorsend karakter aan het beroep tegen de beslissing tot niet-inoverwegneming in de praktijk zoveel meerwaarde? Het leidt alleszins tot een verdubbeling van beroepsprocedures wat de efficiëntie, de proces-economie en de daadwerkelijkheid van het algemene beroepstelsel niet ten goede lijkt te komen.

920. Voorts kan worden opgemerkt dat dit daadwerkelijk rechtsmiddel in de vorm van de procedures bij uiterst dringende noodzakelijkheid enkel ter beschikking van de verzoeker zal staan in zoverre er sprake is van een verwijderingsbeslissing die nog aanvechtbaar is. Wordt de beslissing tot niet-inoverwegneming niet gevolgd door een nieuwe verwijderingsbeslissing, maar is de geplande gedwongen verwijdering de uitvoering van een eerdere verwijderingsbeslissing waarvoor de beroepstermijn is verstreken of waarover reeds op definitieve wijze is beslist voor de herhaalde aanvraag werd ingediend of voor de beslissing tot niet-inoverwegneming werd genomen, dan beschikt de verzoeker die een verdedigbare grief wil laten gelden niet meer over een daadwerkelijk rechtsmiddel. De Raad kan dan ook geen rechterlijke controle meer uitoefenen op het advies van het CGVS met betrekking tot het risico op refolement, tenzij hij een volgende asielaanvraag indient. De wetgever heeft immers niet geraakt aan het beginsel van het schorsend effect van het indienen van een herhaalde asielaanvraag.

---

<sup>2132</sup> Zie rechtspraak over de vroegere niet-terugleidingsclausules: RvV 16 oktober 2012, nr. 89853 : *"Het beroep, in zoverre het is gericht tegen dat deel van de bestreden beslissing waarin een advies wordt verstrekt over de verenigbaarheid van een mogelijke verwijderingsmaatregel met artikel 3 van het EVRM, is dan ook niet ontvankelijk"* of RvV 12 oktober 2012, nr. 89616 : *"Om ontvankelijk te zijn moet het beroep een handeling tot voorwerp hebben die zelf rechtsgevolgen sorteert en die onmiddellijk een rechtstreeks nadeel berokkent aan verzoeker. Het gaat in casu niet om een gebonden bevoegdheid, waarbij een bevel automatisch volgt op de intrekingsbeslissing. Aan de minister wordt de keuze geboden om al dan niet een bevel (bevel om het grondgebied te verlaten) af te leveren. [...] Hij kan dan ook ten gepaste tijde, te meer nu de Raad bij de beoordeling van het onderhavige beroep geen uitspraak doet over een verwijderingsmaatregel, middels het indienen van een annulatieberoep de mogelijke schending van voormelde verdragsbepaling opwerpen. Dit onderdeel van het beroep wordt derhalve onontvankelijk verklaard"*; in dezelfde zin RvV (drie rechters) 7 maart 2012, nr. 76725.

C. Verwijderingsbeslissingen en het (doen) naleven van hogere rechtsnormen binnen een annulatiebevoegdheid

921. De gebonden bevoegdheid die de DVZ heeft bij de afgifte van een verwijderingsbeslissing, zoals de afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten – asielzoeker (bijlage 13*quinquies*) of een gewoon bevel (bijlage 13), kan worden beperkt door hogere rechtsnormen en artikel 74/13 van de vreemdelingenwet.

Een vreemdeling heeft dus zeker nog belang om een beroep in te dienen bij de Raad tegen de verwijderingsbeslissing. Er zijn immers gevallen denkbaar waarin de afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten, zelfs uit hoofde van een gebonden bevoegdheid, bekleed is met een onwettigheid of een schending van het internationaal verdragsrecht.<sup>2133</sup> Steeds dient dan volgens de Raad te worden onderzocht of de verzoekende partij een dergelijke onwettigheid, klevend aan het bevel om het grondgebied te verlaten, in haar middelen heeft aangevoerd. Er mag immers geen bevel worden gegeven wanneer dat in strijd zou zijn met een aantal verdragsrechtelijke bepalingen, waaronder het EVRM.<sup>2134</sup> Het EVRM primeert op de Vreemdelingenwet en de Raad wijst er dan ook op dat het krachtens artikel 13 van het EVRM verplicht is om de gegrondheid te onderzoeken van de middelen die gestoeld worden op een schending van de hogere verdragsbepalingen.<sup>2135</sup>

Een exceptie van onontvankelijkheid van het beroep wegens een gebrek aan belang gezien de gebonden bevoegdheid van de DVZ, wordt dan ook veelal door de Raad verworpen wanneer in het verzoekschrift de schending van hogere rechtsnormen wordt aangevoerd.

922. De Algemene Vergadering van de Raad heeft er terecht op gewezen dat hoewel de DVZ in bepaalde gevallen gebonden is op basis van artikel 7 van de Vreemdelingenwet om een bevel om het grondgebied te verlaten af te geven, dit niet mag worden begrepen als een verplichting die op automatische wijze en in alle omstandigheden geldt.<sup>2136</sup> Een dergelijke verplichting geldt uiteraard niet indien de effectieve terugkeer van de vreemdeling een schending met zich mee zou brengen van de artikelen 3 en 8 van het EVRM.<sup>2137</sup> Dit blijkt ook uit artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet, dat luidt: “*Bij het nemen van een beslissing tot verwijdering houdt de minister of zijn gemachtigde rekening met het hoger belang van het kind, het gezins- en familieleven en de gezondheidstoestand van de betrokken onderdaan van een derde land.*” Het onregelmatig karakter van het verblijf voldoet op zich niet om de afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten, te rechtvaardigen zonder dat andere elementen, met name elementen verbonden met fundamentele rechten verbonden aan artikelen 3 en 8 van het EVRM, evenzeer in rekening worden genomen. De DVZ is, volgens de Algemene Vergadering, in deze materie niet verstoken van enige appreciatiebevoegdheid.<sup>2138</sup> Dezelfde redenering kan worden gehanteerd wanneer de verwerende partij voor wat betreft het beroep tegen een verwijderingsbeslissing een exceptie van onontvankelijkheid opwerpt, omdat er sprake is van een herhaald bevel. Dit houdt in dat de verwerende partij meent dat de nietigverklaring van de verwijderingsbeslissing de illegale verblijfssituatie van de vreemdeling niet wijzigt en geen afbreuk zal doen aan het bestaan van eerder afgegeven verwijderingsbeslissingen die uitgevoerd kunnen worden.<sup>2139</sup>

---

<sup>2133</sup> RvS 9 maart 2004, nr. 129.004

<sup>2134</sup> RvS 26 augustus 2010, nr. 206.948

<sup>2135</sup> RvV 15 oktober 2012, nr. 102.479; RvV 30 januari 2013, nr. 111.481.

<sup>2136</sup> RvV 19 december 2013, Algemene Vergadering, nr. 116.003

<sup>2137</sup> Memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 19 oktober 2011 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl.St.* Kamer 2011-2012, doc. nr. 53-1825/001, 17.

<sup>2138</sup> Zie bevestiging van dit standpunt door RvS 24 april 2014, nr. 10.457 (NTB).

<sup>2139</sup> RvV 17 december 2012, nr. 93.772.

923. Het is aan de vreemdeling, die op illegale wijze in België verblijft en dit gegeven niet betwist noch weerlegt, om op concrete wijze en afdoende wijze aan te geven op welke wijze de bestreden verwijderingsbeslissing hogere rechtsnormen schendt. Om zijn belang t.a.v. het ingestelde beroep tegen een verwijderingsbeslissing te behouden, dient de vreemdeling concrete uitzettingsbeletselen naar voren te brengen. De aangevoerde schendingen van hogere normen, zoals artikelen 3 en 8 van het EVRM, moeten daarbij gestaafd worden door een begin van bewijs, met dien verstande dat de Raad het beroep tegen verwijderingsbeslissingen in het kader van zijn annulatiebevoegdheid behandelt, zodat enkel een *ex nunc* toetsing kan plaats hebben.<sup>2140</sup>

De Vreemdelingenwet vereist verder niet dat er formeel wordt gemotiveerd in de verwijderingsbeslissing omtrent hogere rechtsnormen, zoals het non-refoulementbeginsel of andere EVRM-bepalingen. Het is voor de Raad en de vreemdeling dan ook niet mogelijk om enkel door lezing van het bevel te achterhalen of er bij de DVZ een onderzoek heeft plaatsgevonden naar de conformiteit van de verwijderingsbeslissing met hogere rechtsnormen. In beginsel betekent dit dat de Raad enkel een schending van hogere rechtsnormen zal kunnen vaststellen indien er zich daartoe aanwijzingen in het administratief dossier bevinden.<sup>2141</sup> Dit is enigszins anders voor humanitaire verblijfsbeslissingen: daar moet wel worden gemotiveerd omtrent hogere rechtsnormen in zoverre deze hogere rechtsnormen in de oorspronkelijke aanvraag naar voor werden gebracht.

924. Een oplossing zou geboden kunnen worden indien de DVZ stelselmatig het hoorrecht respecteert bij het nemen van een verwijderingsbeslissing. Zo oordeelde de Raad dat het opleggen van een verwijderingsbeslissing, een beslissing is die valt binnen de werkingssfeer van het Unierecht omdat hierbij Unierecht, met name de Terugkeerrichtlijn, ten uitvoer wordt gebracht. Voorts stelt de Raad dat een verwijderingsbeslissing een bezwarend besluit dat de belangen van de betrokken vreemdeling ongunstig kan beïnvloeden. Aldus is het hoorrecht als algemeen beginsel van Unierecht, zoals tevens verankerd in artikel 41 van het Handvest, van toepassing. De Raad vervolgde zijn redenering als volgt: *“In dit verband dient tevens te worden gewezen op het bepaalde in artikel 74/13 van de vreemdelingenwet waarin uitdrukkelijk is voorzien dat bij het nemen van een beslissing tot verwijdering de minister of zijn gemachtigde rekening houdt met het hoger belang van het kind, het gezins- en familieleven en de gezondheidstoestand van de betrokken onderdaan van een derde land. Deze bepaling vormt overigens de omzetting van artikel 5 van de terugkeerrichtlijn en lijkt een individueel onderzoek noodzakelijk te maken. In die optiek kan de verwerende partij niet worden gevolgd waar zij stelt dat de verzoekende partij uit eigen initiatief en via de geijkte wegen alle nuttige inlichtingen had moeten verschaffen.*

*Opdat de verplichting tot het voeren van een individueel onderzoek in het kader van artikel 74/13 van de vreemdelingenwet, als omzetting van artikel 5 van richtlijn 2008/115/EG, een nuttig effect kent, dient de betrokken vreemdeling in staat te worden gesteld naar behoren en daadwerkelijk zijn standpunt kenbaar te maken in het kader van een administratieve procedure waarbij een bevel om het grondgebied te verlaten wordt afgeleverd, aangezien in de huidige stand van de procedure niet kan worden uitgesloten dat een dergelijk besluit de belangen van een vreemdeling aanmerkelijk ongunstig kan beïnvloeden.”*<sup>2142</sup>

Door, alvorens een verwijderingsbeslissing te nemen, het hoorrecht na te leven en stelselmatig de vreemdeling te horen over eventuele elementen die van belang zijn voor het onderzoek op grond van artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet, waarbij een verslag van het gehoor in het administratief dossier wordt gevoegd, wordt het voor de Raad eenvoudiger om na te gaan of deze verwijderingsbeslissing op rechtsgeldige wijze tot stand is gekomen. In het bijzonder

<sup>2140</sup> RvV 15 oktober 2012, nr. 89686; RvV 18 november 2013.

<sup>2141</sup> RvV 8 juli 2010, nr. 46.035; RvV 22 augustus 2013, nr. 108.457.

<sup>2142</sup> RvV 24 juni 2014, nr. 126.158. Zie ook RvV 26 september 2014, nr. 130.247.

wordt het dan mogelijk om te onderzoeken of de verwijderingsbeslissing werd genomen in het licht van de actuele situatie van de vreemdeling en geen schending inhoudt van hogere rechtsnormen, zoals artikelen 3 en 8 van het EVRM, en individuele omstandigheden onzorgvuldig of kennelijk onredelijk werden beoordeeld.

925. Hierbij moet worden opgemerkt dat advocaat-generaal Wathelet in zijn conclusies bij een tweetal zaken, aanhangig bij het Hof van Justitie, ook van oordeel is dat een terugkeerbesluit een bezwarend besluit is waarop het hoorrecht krachtens artikel 41 van het Handvest van toepassing is.<sup>2143</sup> Volgens advocaat-generaal Wathelet moet een vreemdeling, voorafgaand aan de vaststelling van een terugkeerbesluit, worden gehoord over (a) de rechtmatigheid van zijn verblijf, (b) de eventuele toepassing van artikel 5 van de Terugkeerrichtlijn dat vereist dat lidstaten bij de tenuitvoerlegging van de richtlijn rekening houden met het belang van het kind, het familie- en gezinsleven, de gezondheidstoestand van de betrokken vreemdeling en het non-refoulement beginsel, alsook (c) de toepassing van de uitzonderingen op de terugkeerverplichting bevat in artikel 6, leden 2 tot en met 5 van de Terugkeerrichtlijn. Deze laatste bepaling heeft betrekking op situaties waar een vreemdeling in het bezit is van een door een andere lidstaat afgegeven geldige verblijfsvergunning, waar een vreemdeling onder bilaterale overeenkomst door een andere lidstaat wordt teruggenomen, waar er humanitaire reden zijn om een vreemdeling op het grondgebied van de lidstaat te laten verblijven of waar een procedure hangende is voor de verlenging van een verblijfsvergunning.

Tenzij de vreemdeling redelijkerwijs niet kon vermoeden dat hij een terugkeerbesluit zou kunnen krijgen dan wel welke gegevens tegen hem zouden kunnen worden aangevoerd – met het oog waarop hij bepaalde naspeuringen zou moeten doen of bewijsstukken zou moeten verzamelen – brengt het Unierecht daarentegen voor de bevoegde nationale autoriteit niet de verplichting mee om de betrokkene voorafgaand aan het met het oog op de uitvaardiging van het terugkeerbesluit afgenomen gehoor in kennis te stellen van haar voornemen een dergelijk besluit vast te stellen, noch om hem mee te delen op welke gegevens zij dat besluit wil baseren, noch om hem een bedenktijd te gunnen alvorens hem te horen.

Wanneer een nationale autoriteit heeft vastgesteld dat een vreemdeling illegaal op het grondgebied verblijft - na een procedure waarin zijn recht om te worden gehoord volledig is geëerbiedigd – dan is het niet noodzakelijk om de vreemdeling voorafgaandelijk aan het nemen van een terugkeerbesluit opnieuw te horen.<sup>2144</sup> De verplichting om voorafgaand aan de vaststelling van het terugkeerbesluit de vreemdeling te horen mag niet nodeloos worden gerekt zonder dat dit tot een verbetering van de rechtsbescherming van betrokkene leidt. In de zaak *Mukarubega* benadrukte het Hof in dit opzicht wel de korte tijdsspanne tussen gehoor inzake de asielaanvraag, de afwijzing van de asielaanvraag en het daarop vastgestelde terugkeerbesluit.<sup>2145</sup>

Anderzijds, het gegeven dat een vreemdeling reeds in het kader van een asielprocedure werd gehoord, stelt de lidstaten niet vrij van de verplichting om de vreemdeling terug te horen

---

<sup>2143</sup> Conclusies van advocaat-generaal Wathelet in zaken C-166/13 en C-249/13 van 25 juni 2014. AG Wathelet argumenteert dat lidstaten eveneens gebonden zijn door artikel 41 van het Handvest en niet enkel de EU instellingen zoals blijkt uit de bewoordingen van artikel 41 van het Handvest en eerder ook zo werd benadrukt in HvJ 17 juli 2014, C-141/12 en C-372/12, Y.S., par. 67.

Over de toepassing van het hoorrecht zie ook HvJ 22 november 2012, nr. C-277/11, *M.M.*, par. 81 e.v (Kwalificatierichtlijn) en HvJ 10 september 2013, C-383/13 PPU, *M.G. en N.R.* (Terugkeerrichtlijn).

<sup>2144</sup> Zie bevestiging hiervan in HvJ 5 november 2014, nr. 166/13, *Mukarubega*: het recht om gehoord te worden verzet er niet tegen dat een nationale autoriteit een vreemdeling niet specifiek over een terugkeerbesluit hoort, wanneer zij, na te hebben vastgesteld – na een procedure waarin zijn recht om te worden gehoord volledig is geëerbiedigd – dat die vreemdeling illegaal op het nationale grondgebied verblijft, voornemens is een dergelijk besluit jegens hem vast te stellen, ongeacht of dat terugkeerbesluit al dan niet volgt op de afwijzing van een verblijfsaanvraag.

<sup>2145</sup> in HvJ 5 november 2014, nr. 166/13, *Mukarubega*, par. 67-70.

wanneer hij een humanitaire verblijfsaanvraag heeft ingediend, aldus de advocaat-generaal.<sup>2146</sup>

De advocaat-generaal herinnert eraan dat het horen van een betrokkene niet enkel beoogt te garanderen dat een bezwarend besluit met volledige kennis van zaken wordt vastgesteld, maar dat het de overheidsinstantie ook in staat moet stellen te voldoen aan haar verplichtingen om haar beslissingen naar behoren te motiveren, zoals eveneens vereist door artikel 41 van het Handvest. Een adequate motivering (*'a reasoned decision'*), aldus de advocaat-generaal, maakt het mogelijk om de motieven te kennen die aan de grondslag van het terugkeerbesluit liggen te kennen, zodat de betrokken vreemdeling zijn rechten kan verdedigen mocht hij in beroep, maar tevens stelt een adequate motivering de beroepsinstantie in staat het terugkeerbesluit op zijn rechtmatigheid te toetsen (*'daadwerkelijkheid van het rechtsmiddel'*).

Het naleven van het hoorrecht bij de afgifte van verwijderingsbeslissingen zou dus de daadwerkelijkheid van het beroep bij de Raad ten goede komen.

#### D. De procedures bij uiterst dringende noodzakelijkheid en de vereisten van een daadwerkelijk rechtsmiddel

926. Om een gedwongen verwijdering te voorkomen kan een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid (hierna: UDN-procedure) bij de Raad worden ingesteld. Er bestaan meerdere mogelijkheden: (i) het instellen van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid overeenkomstig artikel 39/82, § 4, tweede lid, van de Vreemdelingenwet, indien er nog geen gewone vordering tot schorsing werd ingesteld; (ii) indien er reeds een gewone vordering tot schorsing en beroep tot nietigverklaring werd ingediend, kan een vordering tot het bevelen van voorlopige maatregelen in uiterst dringende noodzakelijkheid worden ingediend, dat ertoe strekt het bij de Raad hangend schorsingsberoep zo snel mogelijk en in uiterst dringende noodzakelijkheid te behandelen, overeenkomstig artikel 39/85 van de Vreemdelingenwet.

927. VOGELAAR merkt terecht op dat er zich moeilijkheden voordoen wanneer een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid betrekking heeft op een verwijderingsbeslissing waarover de Raad zich al heeft gebogen, maar geen uitspraak heeft gedaan of heeft kunnen doen over een aangevoerde grief op basis van artikel 3 EVRM, bv. omdat het land van herkomst niet bepaald is. Zij stelt: *“Er bestaan twee mogelijkheden:*

*1. Het BVG is niet meer voor schorsing en vernietiging vatbaar wegens gezag van gewijsde. De vreemdeling moet dus zijn toevlucht nemen tot een kortgeding bij de rechtbank van eerste aanleg.*

*2. Omdat de verwijdering imminent is en een verdedigbare grief op basis van artikel 3 EVRM wordt aangevoerd, kan het BVG bekleed zijn met onwettigheid of schending van een internationale verdragsbepaling. Men kan dan niet meer stellen dat het om een loutere uitvoering van het BVG gaat en het bevel zou dan toch vatbaar zijn voor vernietiging.”*<sup>2147</sup>

Wat betreft deze laatste stelling moet echter worden opgemerkt dat dit in de rechtspraak van de Raad geen ingang kent, aangezien het beginsel van het gezag van gewijsde moet worden nageleefd. De procedures bij uiterst dringende noodzakelijkheid vereisen dus dat er nog geen definitieve uitspraak is geweest over de betwiste verwijderingsmaatregel.

---

<sup>2146</sup> Zie ook S. JANSSENS en P. ROBERT, “Le droit d’être entendu en matière d’asile et migration: perspectives belges et européenne”, *RDE* 2013, 379-209.

<sup>2147</sup> Zie hierover F. VOGELAAR, “Protection gap’ in de asielpprocedure”, *T. Vreemd.* 2013, 63.

928. Nadat het EHRM in het arrest *M.S.S.* vaststelde dat de procedure tot het instellen van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid niet voldeed aan de vereisten van artikel 13 van het EVRM<sup>2148</sup>, heeft de Raad door middel van rechtspraak, gewezen door de Algemene Vergadering, getracht aan de vastgestelde gebreken tegemoet te komen door bepalingen uit de Vreemdelingenwet zo te interpreteren dat de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid wel voldoet aan de eis van een daadwerkelijk rechtsmiddel zoals gesteld in artikel 13 EVRM. De kern van deze rechtspraak was dat de vreemdeling, wanneer de tenuitvoerlegging van een verwijderingsmaatregel imminent is, krachtens (oud) artikel 39/83 van de Vreemdelingenwet van rechtswege beschikt over een opschortende termijn van eerst vijf, dan drie werkdagen waarbinnen deze maatregel niet gedwongen kan worden uitgevoerd. Indien de vreemdeling binnen deze termijn een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid instelt tegen de verwijderingsmaatregel, dan heeft deze vordering door “*de samenlezing van de [...] artikelen 39/83 en 39/82, § 4, tweede lid van de Vreemdelingenwet [tot gevolg] dat dit beroep van rechtswege schorsend is en dit tot op het ogenblik van de uitspraak van de Raad*”.<sup>2149</sup> Indien de vreemdeling zijn vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid instelt buiten de van rechtswege opschortende termijn, maar binnen de termijn voor het instellen van een annulatieberoep, zoals bepaald in (oud) artikel 39/57 van de Vreemdelingenwet, namelijk 15 dan wel 30 dagen, dan schort dit beroep de tenuitvoerlegging van de verwijderingsmaatregel eveneens van rechtswege op.<sup>2150</sup> Indien reeds een vordering tot schorsing werd ingediend en indien de tenuitvoerlegging van de verwijdering imminent wordt, dan kan binnen de voorwaarden gesteld in (oud) artikel 39/85 van de Vreemdelingenwet een vordering tot het bevelen bij uiterst dringende noodzakelijkheid van voorlopige maatregelen worden ingediend. In dit geval is ook de dwanguitvoering van deze maatregel van rechtswege geschorst, overeenkomstig het bepaalde in (oud) artikel 39/85, derde lid, van de Vreemdelingenwet.<sup>2151</sup>

929. Er werd na het arrest *M.S.S.* geen wetgevend initiatief genomen om deze rechtspraak inzake de uitbreiding van de schorsende werking van het instellen van een vordering bij uiterst dringende noodzakelijkheid wettelijk te verankeren of om het toepassingsgebied van artikel 39/79 van de Vreemdelingenwet, dat voor een aantal limitatief opgesomde beslissingen wel voorziet in een van rechtswege opschortend beroep, uit te breiden.

930. In januari 2014 oordeelde het Grondwettelijk Hof dan ook dat de uitbreiding van de schorsende werking van het instellen van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid niet voortvloeit uit een wetswijziging, maar wel uit rechtspraak van de Raad, zodat vreemdelingen, ondanks het gezag van die arresten, niet de waarborg kunnen hebben dat de DVZ zijn praktijk in alle omstandigheden aan die rechtspraak heeft aangepast. Het Grondwettelijk Hof wees erop dat het EHRM herhaaldelijk heeft verklaard dat: “*de vereisten van artikel 13, net als die van de andere bepalingen van het Verdrag, moeten worden beschouwd als een waarborg, en niet gewoon als een bereidwilligheid of een praktische regeling; dat is een van de gevolgen van de voorrang van het recht, een van de grondbeginselen van een democratische maatschappij, inherent aan alle artikelen van het Verdrag*” (*EHRM, 5 februari 2002, Čonka t. België, § 83; 26 april 2007, Gebremedhin (Gaberamadhien) t. Frankrijk, § 66*). *Het heeft eveneens gepreciseerd dat « de daadwerkelijkheid [van het beroep] vereisten inhoudt inzake de beschikbaarheid en toegankelijkheid van de beroepen, zowel in rechte als in de praktijk*” (*EHRM, 2 februari 2012, I.M. t. Frankrijk, § 150; 2 oktober 2012, Singh en anderen t. België, § 90*).<sup>2152</sup>

<sup>2148</sup> EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. Griekenland en België*, par. 390.

<sup>2149</sup> RvV 17 februari 2011, Algemene Vergadering, nr. 56.202, punt 3.2.3.

<sup>2150</sup> RvV 17 februari 2011, Algemene Vergadering, nrs. 56.201 tot 56.205, 56.207 en 56.208.

<sup>2151</sup> RvV 17 februari 2011, Algemene Vergadering, nrs. 56.201 tot 56.205, 56.207 en 56.208.

<sup>2152</sup> GwH 16 januari 2014, nr. 1/2014, B.8.3 en B.8.4.

Het Grondwettelijk Hof stipte verder aan dat de Raad enkel beslist tot de schorsing van een verwijderingsmaatregel wanneer aan drie voorwaarden is voldaan, d.i. (i) het aantonen van de uiterst dringende noodzakelijkheid van de situatie, (ii) het minstens aanvoeren van een ernstig vernietigingsmiddel, en (iii) het bewijzen van een risico van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel.

Artikel 43, § 1, eerste lid, en artikel 44, tweede lid, 5°, van het procedurereglement van de Raad (hierna: het PR RvV) bepalen immers dat, indien de uiterst dringende noodzakelijkheid wordt aangevoerd, de vordering vooreerst een uiteenzetting van de feiten dient te bevatten die deze uiterst dringende noodzakelijkheid rechtvaardigen. Verder kan overeenkomstig artikel 39/82, § 2, eerste lid, van de Vreemdelingenwet, slechts tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van een administratieve rechtshandeling worden besloten indien er ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en op voorwaarde dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen. Deze drie voornoemde voorwaarden dienen cumulatief te worden vervuld.<sup>2153</sup>

931. Wat betreft de vereiste van uiterst dringende noodzakelijkheid, volgt uit de Vreemdelingenwet dat een procedure in uiterst dringende noodzakelijkheid, waarbij de schorsing en/of vernietiging van een verwijderingsbeslissing wordt gevorderd, bij de Raad kan worden opgestart van zodra de tenuitvoerlegging van de verwijderingsmaatregel imminent is of wordt. De uiteenzetting die het uiterst dringend karakter van de vordering tot schorsing of de vordering tot het bevelen van voorlopige maatregelen rechtvaardigt, moet aantonen dat er een imminent gevaar dreigt dat van die aard is dat de gewone schorsingsprocedure niet op een efficiënte wijze zou kunnen voorkomen dat het aangevoerde ernstige nadeel zich zou voordoen. Volgens de Raad is of wordt de tenuitvoerlegging van een verwijderingsmaatregel pas imminent wanneer de betrokken vreemdeling het voorwerp uitmaakt van een dwangmaatregel met het oog op repatriëring, bijvoorbeeld wanneer hij van zijn vrijheid is beroofd.<sup>2154</sup> De aanwezigheid van een dwangmaatregel met het oog op repatriëring wordt derhalve noodzakelijk geacht om te oordelen dat er voldaan is aan de voorwaarde van uiterst dringende noodzakelijkheid, aangezien vaststaat dat de schorsing van de uitvoering van de verwijderingsmaatregel volgens de gewone schorsingsprocedure te laat zou komen en niet effectief zou zijn. Het gegeven dat er nog geen repatriëringdatum- of bestemming bekend is<sup>2155</sup>, noch bekend is of de betrokkene daadwerkelijk kan worden verwijderd, bijvoorbeeld wanneer er nog een laissez-passer naar het land van bestemming moet worden aangevraagd en verkregen, is niet relevant voor de beoordeling van de uiterst dringende noodzakelijkheid. A contrario houdt deze redenering in dat de afgifte van een verwijderingsbeslissing aan een vreemdeling, die verder niet het voorwerp uitmaakt van een dwangmaatregel die tot doel heeft hem te verplichten het grondgebied te verlaten, als dusdanig geen imminent gevaar uitmaakt dat een beroep in uiterst dringende noodzakelijkheid rechtvaardigt.<sup>2156</sup> Volgens de Raad rechtvaardigt de enkele vrees dat de uitvoering van een verwijderingsbeslissing op elk moment kan plaatsvinden, eens de vrijwillige vertrektermijn is verstreken, niet dat men voor vaststaand aanvaardt dat een gedwongen verwijdering effectief zal plaatsvinden vanaf het verstrijken van deze termijn.

---

<sup>2153</sup> Zie algemene rechtspraak in RvV 17 februari 2011, Algemene Vergadering, onder meer nrs. 56.201, 56.202, 56.203, 56.207 en 56.208. Zie ook RvV 29 augustus 2012, nr. 86.542 en RvV 24 november 2012, nr. 92.052.

<sup>2154</sup> Zie algemene rechtspraak in RvV 17 februari 2011, Algemene Vergadering, onder meer nrs. 56.201, 56.202, 56.203, 56.207 en 56.208.

<sup>2155</sup> RvV 8 maart 2008, nr. 8447. Zie artikelen 74/8 en 74/9 Vreemdelingenwet.

<sup>2156</sup> RvV 21 januari 2010, nr. 37.343.



932. Het is deze strikte interpretatie van ‘uiterst dringende noodzakelijkheid’ dat het EHRM er in de zaak *Josef* toe leidde om te besluiten dat de procedure waarbij, indien er reeds een gewone vordering tot schorsing en beroep tot nietigverklaring werd ingediend, in uiterst dringende noodzakelijkheid een vordering kan worden ingediend tot het bevelen van voorlopige maatregelen die ertoe strekt het bij de Raad hangend schorsingsberoep zo snel mogelijk en in uiterst dringende noodzakelijkheid te behandelen, te complex is en niet voldoet aan de vereisten van een daadwerkelijk rechtsmiddel. In wezen stelt het EHRM dat het niet volstaat dat er in theorie een van rechtswege schorsend beroep bestaat. Vereist is bovendien dat dit beroep “daadwerkelijk” is, zowel in rechte als in de feiten. Derhalve dient de mogelijkheid tot schorsing als onderdeel van een daadwerkelijk rechtsmiddel beschikbaar en toegankelijk te zijn. De rechtsbescherming die het Belgische systeem biedt wanneer de tenuitvoerlegging van een verwijderingsbeslissing nog niet imminent is, met name omdat de vreemdeling geen voorwerp uitmaakt van een dwangmaatregel met oog op repatriëring, voldoet volgens het EHRM niet aan de vereiste van artikel 13 EVRM. Het instellen van een annulatieberoep en een gewone vordering tot schorsing kan de verwijderingsbeslissing niet schorsen. De noodzaak voor een vreemdeling om niettemin binnen de aanvankelijke beroepstermijn een annulatieberoep tezamen met een gewone vordering tot schorsing in te dienen als bewarende maatregel om dan wanneer de verwijdering imminent wordt – d.w.z. een echte spoedeisendheid doet zich voor omdat de vreemdeling nu wel voorwerp uitmaakt van een dwangmaatregel met oog op repatriëring – een vordering tot het bevelen van voorlopige maatregelen in uiterst dringende noodzakelijkheid in te dienen waardoor de hangende vordering tot schorsing wordt geactiveerd en versneld behandeld wordt, voldoet eveneens niet aan de vereiste van een daadwerkelijk rechtsmiddel zoals beoogd door artikel 13 EVRM. Indien een vreemdeling t.a.v. wie een verwijderingsmaatregel wordt getroffen niet op voorhand en binnen de beroepstermijn een bewarende vordering tot schorsing indient, kan hij later bij een gedwongen verwijdering geen schorsing van de tenuitvoerlegging meer vragen. Volgens het Hof kan de constructie van een gewone vordering tot schorsing in combinatie met een verzoek om voorlopige maatregelen in theorie doeltreffend lijken. In de praktijk is ze evenwel moeilijk te hanteren en te ingewikkeld om te voldoen aan de eisen van een beschikbaar en toegankelijk beroep in rechte en in praktijk. Dit systeem dwingt vreemdelingen die zich reeds in een kwetsbare positie bevinden om in extremis te handelen op het moment van de gedwongen tenuitvoerlegging van de verwijderingsmaatregel. Een situatie waarin een vreemdeling niet wordt beschermd door een rechtsmiddel met schorsend effect noch tijdens de procedure tegen de verwijderingsmaatregel noch wanneer de tenuitvoerlegging van de verwijdering imminent wordt, voldoet niet aan de vereisten van artikel 13 EVRM, met name een beroep dat automatisch schorsend is en dat een daadwerkelijk onderzoek toelaat van de middelen gebaseerd op artikel 3 EVRM.<sup>2157</sup>

933. Voorts moet een ernstig middel worden aangevoerd dat gegrond wordt bevonden en dat de vernietiging van de betwiste verwijderingsbeslissing kan verantwoorden. Volgens rechtspraak van de Algemene Vergadering wordt het onderzoek van het ernstig karakter van een middel in schorsingszaken gekenmerkt door het *prima facie* karakter ervan. Dit *prima facie* onderzoek van een aangevoerde verdedigbare grief afgeleid uit de schending van een hogere rechtsnorm, moet verzoenbaar zijn met de eis van een daadwerkelijk rechtsmiddel, in het bijzonder de vereiste van een zo nauwkeurig mogelijk onderzoek van elke verdedigbare grief. Dit houdt in dat, indien de Raad bij dit onderzoek op het eerste gezicht vaststelt dat er redenen voorhanden zijn om aan te nemen dat deze grief ernstig is of dat er minstens twijfels zijn over het ernstig karakter ervan, hij in deze stand van het geding het aangevoerde middel als ernstig beschouwt. Immers, de schade die de Raad toebrengt door in de fase van het kortgeding een middel niet ernstig te bevinden dat achteraf, in de definitieve fase van het

<sup>2157</sup> EHRM 27 februari 2014, nr. 70055/10, *Josef v. België*, par. 101-108.

proces toch gegrond blijkt te zijn, is groter dan de schade die hij berokkent in het tegenovergestelde geval. In het eerste geval kan het moeilijk te herstellen ernstig nadeel zich voltrokken hebben, in het tweede geval zal ten hoogste voor een beperkte periode de bestreden beslissing zonder reden geschorst zijn.<sup>2158</sup>

Tijdens dit *prima facie* onderzoek van het aangevoerde ernstig middel handelt de Raad als annulatierechter en gaat hij over tot de controle van de wettigheid van de verwijderingsbeslissing, wat hem niet verplicht rekening te houden met de nieuwe elementen die de verzoeker zou kunnen voorleggen of met de actuele situatie van de verzoeker wat betreft de eventuele ontwikkeling van de situatie in zijn land van herkomst. In arresten van de Algemene Vergadering werd echter bepaald dat de Raad in het kader van een UDN-procedure in beginsel rekening zal houden met de omstandigheden en informatie waarvan de DVZ op het moment van de bestreden verwijderingsbeslissing kennis had of *had moeten hebben*, in overeenstemming met artikelen 3 en 13 van het EVRM.<sup>2159</sup> Zo kan bij een volatiele veiligheidssituatie in een land van herkomst, worden vastgesteld dat de DVZ in gebreke is gebleven om een zorgvuldig en nauwkeurig onderzoek te voeren naar alle recente omstandigheden die betrekking hebben op het individueel geval van verzoeker, met name een nauwkeurig onderzoek naar de recente elementen m.b.t. de wijzigende en verslechterende veiligheidssituatie in het land van herkomst, hoewel DVZ daarvan kennis had moeten hebben. De vereiste 'ex nunc'-toetsing wordt in deze gevallen gewaarborgd door een verzwaarde zorgvuldigheidsplicht in hoofde van de DVZ.<sup>2160</sup> Er dient te worden herhaald dat volgens de Algemene Vergadering het toelaten van stukken die voor het eerst bij het verzoekschrift worden gevoegd in twee gevallen in de debatten kunnen worden betrokken. Ten eerste, wanneer de administratieve overheid een administratieve rechtshandeling neemt op eigen initiatief, en ten tweede wanneer de administratieve overheid weigert het voordeel te verlenen dat de verzoekende partij heeft gevraagd om redenen waarop de verzoekende partij onmogelijk kon anticiperen bij het doen van haar aanvraag.<sup>2161</sup> Dit houdt in dat de Raad, althans in zeker mate, rekening kan houden met nieuwe elementen om het risico van een schending van artikel 3 van het EVRM bij verwijdering naar het land van herkomst, te evalueren. Zoals eerder vermeld, dekt deze nuancering niet geheel de 'ex nunc'-toetsing vereist door artikel 3 van het EVRM. Daarenboven blijft het hierboven gestelde een praktijk die voortvloeit uit de rechtspraak van de Raad, zoals uitgesproken door de Algemene Vergadering. Deze rechtspraak is bedoeld om tegemoet te komen aan lacunes in de vereiste van een daadwerkelijk rechtsmiddel, zoals in het arrest *M.S.S.* door het EHRM werd vastgesteld.<sup>2162</sup> Volgens het Grondwettelijk Hof betekent dit evenwel dat vreemdelingen geenszins de waarborg hebben in rechte en in praktijk dat nieuwe bewijselementen of ontwikkelingen in hun situatie in overweging zullen worden genomen door de Raad.<sup>2163</sup>

934. Tenslotte moeten concrete gegevens worden aangevoerd waaruit blijkt dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden verwijderingsbeslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen. Een summieri uiteenzetting wordt volgens de

---

<sup>2158</sup> RvV 17 februari 2011, Algemene Vergadering, nr. 56.201, punt 3.3.1.2.

<sup>2159</sup> Zie algemene rechtspraak in RvV 17 februari 2011, Algemene Vergadering, onder meer nr. 56.203 en concrete toepassingen in RvV 8 maart 2011, nr. 57.595; RvV 6 januari 2012, nr. 72.824; RvV 12 augustus 2013, nr. 108.218; RvV 20 juni 2013, nr. 105.541. Zie hierover ook de kritische studie BCHV, *UDN als effectief rechtsmiddel post-M.S.S.* - Overzicht van de rechtspraak van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen: In overeenstemming met de Europese waarborgen tegen mishandeling en foltering bij de uitvoering van uitwijzingsbeslissingen, <http://www.cbar-bchv.be/Portals/0/Juridische%20informatie/Asiel/Analyses/MSS%20CBAR-BCHV%20DEF%20DEF%2010%2001%202013.pdf>, juni 2012, 65p.

<sup>2160</sup> RvV 30 juli 2013, nr. 107.734.

<sup>2161</sup> RvV 17 februari 2011, Algemene Vergadering, nr. 56.201.

<sup>2162</sup> EHRM 21 januari 2011, nr. 30.696/09, *M.S.S. v. Griekenland en België*, par. 352, 358, 366 en 389.

<sup>2163</sup> GwH 16 januari 2014, nr. 1/2014, B.8.5.

rechtspraak van de Raad evenwel voldoende geacht indien het moeilijk te herstellen ernstig nadeel evident is, dat wil zeggen wanneer geen redelijk denkend mens het kan betwisten, en wanneer de verwerende partij onmiddellijk inziet om welk nadeel het gaat. Met deze rechtspraak wil de Raad voorkomen dat de vereiste van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel op een overdreven restrictieve of formalistische wijze wordt toegepast, wat tot gevolg zou kunnen hebben dat de verzoeker, nadat de Raad bijvoorbeeld een verdedigbare grief gegrond op het EVRM of een ander ernstig middel heeft vastgesteld, niet het op grond van artikel 13 van het EVRM vereiste passende herstel kan verkrijgen.<sup>2164</sup>

935. Zowel het EHRM als het Grondwettelijk Hof oordeelden begin 2014 dat de bestaande procedures bij uiterst dringende noodzakelijkheid niet voldeden aan de vereisten van een daadwerkelijk rechtsmiddel overeenkomstig artikel 13 EVRM. Enerzijds meende het EHRM dat de procedure tot het bevelen van voorlopige maatregelen in uiterst dringende noodzakelijkheid, waardoor het bij de Raad reeds hangend schorsingsberoep zo snel mogelijk wordt behandeld, overeenkomstig artikel 39/85 van de Vreemdelingenwet, te complex is om een daadwerkelijk onderzoek te verkrijgen van een verdedigbare grief onder het EVRM en dus geen daadwerkelijk rechtsmiddel kan uitmaken. Anderzijds oordeelde het Grondwettelijk Hof dat de procedure tot het instellen van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, ondanks de rechtspraak van de Raad tot uitbreiding van de schorsende werking van het instellen van zulke vordering en omtrent de nodige *ex nunc*-beoordeling van de aangevoerde grieven, geen daadwerkelijk rechtsmiddel in de zin van artikel 13 EVRM is, juist omdat deze rechtspraak van de Raad enkel een praktische regeling uitmaakt en geen waarborg in rechte en in praktijk.

936. In het licht van de arresten van het EHRM en het Grondwettelijk Hof begin 2014, werd door de wet van 10 april 2014 een aantal wijzigingen doorgevoerd om de procedures bij uiterst dringende noodzakelijkheid in lijn te brengen met de vereisten van een daadwerkelijk rechtsmiddel zoals deze volgen uit artikel 13 EVRM en artikel 47 Handvest.<sup>2165</sup>

937. Gewijzigd artikel 39/82, § 4, tweede lid *juncto* gewijzigd artikel 39/57, § 1, derde lid, van de Vreemdelingenwet bepalen nu uitdrukkelijk dat een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in beginsel moet worden ingediend binnen de tien dagen na de kennisgeving van de verwijderingsmaatregel waartegen ze gericht is, wat volgens de memorie van toelichting als een redelijke termijn wordt beschouwd.<sup>2166</sup> Vanaf een tweede verwijderingsmaatregel wordt deze termijn teruggebracht tot vijf dagen. Een kortere termijn wordt hier als redelijk beschouwd omdat de vreemdeling reeds voorwerp is geweest van een verwijderingsbeslissing en dus al eerder het nodige heeft kunnen doen om zijn rechtsbescherming te organiseren en derhalve kennis heeft van de modaliteiten die in dit verband gelden.<sup>2167</sup>

938. Voor wat betreft een vordering tot het bevelen van voorlopige maatregelen in uiterst dringende noodzakelijkheid die ertoe strekt het bij de Raad hangend schorsingsberoep zo snel

---

<sup>2164</sup> Zie algemene rechtspraak in RvV 17 februari 2011, Algemene Vergadering, onder meer nrs. 56.201, 56.202, 56.203, 56.207 en 56.208

<sup>2165</sup> Wet van 10 april 2014 houdende diverse bepalingen met betrekking tot de procedure voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen en voor de Raad van State, BS 21 mei 2014.

<sup>2166</sup> Memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 13 maart 2014 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en tot wijziging van de gecoördineerde wetten van 13 januari 1973 op de Raad van State, *Parl.St.* Kamer 2013-2014, doc. nr. 53-3445/001, 7-8.

<sup>2167</sup> Memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 13 maart 2014 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en tot wijziging van de gecoördineerde wetten van 13 januari 1973 op de Raad van State, *Parl.St.* Kamer 2013-2014, doc. nr. 53-3445/001, 9.

mogelijk en in uiterst dringende noodzakelijkheid te behandelen, omvat het nieuwe artikel 39/85, § 1, van de Vreemdelingenwet gelijkaardige wijzigingen. De termijn waarbinnen de vordering tot het bevelen van voorlopige maatregelen in uiterst dringende noodzakelijkheid moet worden ingediend is ook hier tien, respectievelijk vijf dagen, net zoals bepaald in gewijzigd artikel 39/57, § 1, derde lid, van de Vreemdelingenwet.

939. Het nieuwe artikel 39/83 van de Vreemdelingenwet garandeert dat slechts tot gedwongen uitvoering van de verwijderingsmaatregel wordt overgegaan na het verstrijken van de beroepstermijn van tien, respectievelijk vijf dagen. Voorts wordt het automatisch schorsend karakter van de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid gewaarborgd door te bepalen dat, wanneer een dergelijke procedure werd ingeleid binnen de termijn van tien, respectievelijk vijf dagen, pas tot gedwongen verwijdering wordt overgegaan nadat de Raad deze vordering heeft verworpen. Krachtens het nieuwe artikel 39/85, § 3, kan niet tot gedwongen verwijdering worden overgegaan totdat de Raad zich heeft uitgesproken over de vordering.

Voor de procedures bij uiterst dringende noodzakelijkheid geldt dat de Raad zich in beginsel uitsprekt over de vorderingen binnen 48 uur na ontvangst. Deze termijn kan, zoals bepaald in de nieuwe artikelen 39/82, §4, en 39/85, § 2, worden uitgebreid tot vijf dagen volgend op de dag van ontvangst van de vordering wanneer de effectieve verwijdering van de vreemdeling voorzien is voor een datum die de acht dagen te boven gaat.

Hierdoor wordt de eerdere rechtspraak van de Algemene Vergadering van de Raad met betrekking tot de uitbreiding van de schorsende werking van het instellen van een vordering bij uiterst dringende noodzakelijkheid, wettelijk verankerd. De schorsende werking blijft behouden tot de Raad heeft kunnen onderzoek of er sprake is van een ernstig middel.

940. De nieuwe artikelen 39/82, § 4, en 39/85, § 1, van de Vreemdelingenwet verduidelijken dat aan de voorwaarde van uiterst dringende noodzakelijkheid pas wordt voldaan indien de vreemdeling het voorwerp is van een verwijderingsmaatregel waarvan de tenuitvoerlegging imminent is, *“in het bijzonder indien hij is vastgehouden in een welbepaalde plaats zoals bedoeld in de artikelen 74/8 en 74/9 of ter beschikking is gesteld van de regering”*.

Uit de wetwijzigingen blijkt dat de voorwaarde van uiterst dringende noodzakelijkheid voornamelijk inhoudt dat de verzoeker het voorwerp is van een verwijderingsmaatregel waarvan de uitvoering imminent wordt of is, in het bijzonder omdat hij wordt vastgehouden met het oog op repatriëring. Uit het arrest *Josef* echter volgt dat de Raad de mogelijkheid moet behouden om in uitzonderlijke gevallen en met het oog op het naleven van de vereisten gesteld door artikel 13 EVRM, de schorsing van een verwijderingsbeslissing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te vorderen, zelfs indien de verzoeker niet het voorwerp uitmaakt van een dwangmaatregel, en telkens wanneer het nodig en dringend blijkt om over te gaan tot een daadwerkelijk onderzoek van de grieven voortvloeiend uit een schending van artikel 3 EVRM. De noodzaak en de dringendheid om de grief inzake artikel 3 EVRM te onderzoeken, zou zich kunnen voordoen ten aanzien van kwetsbare personen, zoals al dan niet begeleide minderjarigen, personen met een handicap, bejaarde personen, zwangere vrouwen, alleenstaande ouders vergezeld van minderjarige kinderen, of personen die gefolterd of verkracht zijn of ander ernstige vormen van psychisch, fysiek of seksueel geweld hebben ondergaan.<sup>2168</sup> Het gegeven dat een verzoeker niet wordt vastgehouden met het oog op gedwongen verwijdering, betekent dus niet automatisch dat er geen sprake is van uiterst dringende noodzakelijkheid. In deze zin komen de woorden “in het bijzonder”, hoewel dit niet zo oorspronkelijk door de wetgever werd beoogd, tegemoet aan de kritiek in het arrest *Josef*.

---

<sup>2168</sup> Zie bijvoorbeeld RvV 17 oktober 2013, nr. 131.614.

941. De nieuwe artikelen 39/82, § 4 en 39/85, § 1, van de Vreemdelingenwet voorzien dat de betrokken rechter een “*zorgvuldig en nauwgezet onderzoek [doet] van alle bewijsstukken die hem worden voorgelegd, en inzonderheid die welke van dien aard zijn dat daaruit blijkt dat er redenen zijn om te geloven dat de uitvoering van de bestreden beslissing de verzoeker zou blootstellen aan het risico te worden onderworpen aan de schending van de grondrechten van de mens ten aanzien waarvan geen afwijking mogelijk is uit hoofde van artikel 15, tweede lid, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden*”. De mogelijkheid om rekening te houden met alle elementen die worden voorgelegd, impliceert dus dat van rechtswege de Raad rekening kan houden met een nieuw bewijsstuk.<sup>2169</sup> Hierdoor wordt expliciet een *ex nunc*, volledige en strikte rechterlijke toetsing gegarandeerd van de situatie van de betrokken verzoeker.

942. De wetgever geeft verder aan in artikel 39/82, § 2, van de Vreemdelingenwet dat de voorwaarde van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel onder andere wordt vervuld indien een ernstig middel werd aangevoerd gesteund op de grondrechten van de mens, in het bijzonder de rechten ten aanzien waarvan geen afwijking mogelijk is uit hoofde van artikel 15, tweede lid, van het EVRM.

943. Deze wetswijzigingen van 10 april 2014 herstellen deels de gebreken inzake de vereisten van een daadwerkelijk rechtsmiddel zoals werd vastgesteld door het EHRM en het Grondwettelijk Hof. De wetswijzigingen incorporeren de rechtspraak van de Raad m.b.t. de uitbreiding van de schorsende werking van het instellen van een vordering bij uiterst dringende noodzakelijkheid en ze voorzien in een redelijke termijn voor het indienen van zulke procedures waaraan een automatisch schorsend karakter wordt verbonden. Door het formalisme gedeeltelijk terug te dringen, wordt nu uitdrukkelijk een volledig en *ex nunc*-onderzoek van alle aangevoerde grieven gewaarborgd. De praktijk van de Raad om, op het ogenblik dat hij bij uiterst dringende noodzakelijkheid uitspraak doet, rekening te houden met nieuwe elementen om het risico op een schending van artikel 3 van het EVRM bij verwijdering naar het land van herkomst van de vreemdeling te evalueren, wordt hierdoor wettelijk verankerd. Daardoor kan de Raad zich concentreren op de gegrondheid van de vordering. Het moeilijk te herstellen ernstig nadeel is in elk geval aanwezig indien de verzoeker heeft aangetoond dat er zich een probleem voordoet op het vlak van de grondrechten, in het bijzonder wat betreft de absolute rechten gewaarborgd onder het EVRM.<sup>2170</sup>

944. Deze wetswijzigingen streven er eveneens naar om het indienen van manifest laattijdige vorderingen bij uiterst dringende noodzakelijkheid te voorkomen. Zo bepalen de nieuwe artikelen 39/82, § 4, derde lid en artikel 39/85, § 1, tweede lid, dat in deze gevallen de rechter in zijn beschikking de manifeste laattijdigheid van de vordering aangeeft en de partijen oproept onverwijld te verschijnen binnen de 24 uur vanaf de ontvangst van de vordering.<sup>2171</sup>

Voorts wordt een mogelijkheid voorzien in de nieuwe artikelen 39/82, § 4, zevende lid, en artikel 39/8, § 1, vijfde lid, om bij voorrang uitspraak te doen over de ontvankelijkheid van de vordering, indien nodig zonder de partijen op te roepen. Daartoe dienen volgende

---

<sup>2169</sup> Memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 13 maart 2014 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en tot wijziging van de gecoördineerde wetten van 13 januari 1973 op de Raad van State, *Parl.St.* Kamer 2013-2014, doc. nr. 53-3445/001, 11.

<sup>2170</sup> Verslag van 24 maart 2014 namens de commissie voor de Binnenlandse Zaken, de Algemene Zaken en het Openbaar Ambt uitgebracht door mevrouw Julie Fernandez Fernandez bij het wetsontwerp van 13 maart 2014 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en tot wijziging van de gecoördineerde wetten van 13 januari 1973 op de Raad van State, *Parl.St.* Kamer 2013-2014, doc nr. 53-3445/003, 3-4.

<sup>2171</sup> Art. 39/82, § 4 en art. 39/85, § 1, Vreemdelingenwet.

voorwaarden cumulatief vervuld te zijn: (i) het betreft een tweede verwijderingsmaatregel; (ii) de vordering is manifest laattijdig; (iii) de vordering werd minder dan twaalf uur voor de geplande uitvoering van de maatregel ingediend; en (iv) de verzoeker en desgevallend zijn advocaat werden minstens achtenveertig uur voor de geplande uitvoering van de maatregel ingelicht. Het onontvankelijk verklaren van de vordering sluit de procedure af. Dit betekent dat de verzoeker in zijn verzoekschrift reeds omstandig een eventueel geval van overmacht moet uiteenzetten dat rechtvaardigt waarom de vordering laattijdig werd ingediend. De wetgever betoogt dat in de gevallen waarin de vreemdeling al zijn grieven heeft kunnen laten onderzoeken, de loutere indiening van een manifest laattijdige vordering niet tot gevolg kan hebben dat het terugkeerbeleid wordt verhinderd. De wetgever verwijst naar de relevante rechtspraak van het Hof van Justitie die mutatis mutandis van toepassing kan zijn.<sup>2172</sup>

945. De oproep van het EHRM aan de Belgische Staat om zijn intern recht aan te passen door te voorzien in een beroep dat van rechtswege schorsend is en waarvan de schorsende werking niet afhankelijk wordt gesteld van enig ander voorafgaandelijk ingesteld beroep dan van het beroep ten gronde, blijkt evenwel in dovemansoren te zijn gevallen.<sup>2173</sup> De wetgever heeft voor gekozen om het systeem van annulatieberoep met gewone vordering tot schorsing in combinatie met een verzoek om voorlopige maatregelen wanneer uiterst dringende noodzakelijkheid zich voordoet, te behouden.

Daarenboven bevat het nieuwe artikel 39/85 van de Vreemdelingenwet met betrekking tot een vordering tot het bevelen van voorlopige maatregelen in uiterst dringende noodzakelijkheid ook nieuwe ontvankelijkheidsvoorwaarden. Deze nieuwe voorwaarden zijn ingegeven uit een zorg om een uiterst dringende vordering slechts ontvankelijk te verklaren indien het nuttig is om een effectieve rechtsbescherming te waarborgen. De bedoeling is om bij uiterst dringende noodzakelijkheid niet enkel de verblijfsbeslissing aan te vechten, bv. in het kader van artikel 9<sup>ter</sup> van de Vreemdelingenwet, maar ook de verwijderingsmaatregel.<sup>2174</sup> Dit houdt in dat voor een vordering tot het bevelen van voorlopige maatregelen in uiterst dringende noodzakelijkheid op cumulatieve wijze aan volgende ontvankelijkheidsvoorwaarden moet worden voldaan: (i) de verzoeker moet het voorwerp zijn van een verwijderingsmaatregel waarvan de tenuitvoerlegging imminent wordt, *“in het bijzonder indien hij naderhand wordt vastgehouden in een welbepaalde plaats zoals bedoeld in artikelen 74/8 en 74/9 of naderhand ter beschikking wordt gesteld van de regering”*; (ii) de vordering moet worden ingediend binnen de beroepstermijn na de kennisgeving van de beslissing die het imminente karakter van de verwijdering met zich meebrengt; (iii) het gewone schorsings- en annulatieberoep moet op de rol zijn ingeschreven en de Raad mag zich er nog niet over hebben uitgesproken, d.i. het beroep is nog steeds hangende; (iii) de verwijderingsmaatregel waarvan de verzoeker het voorwerp is, dient, gelijktijdig, al naar gelang het geval, het voorwerp uit te maken van een vordering tot het bevelen van voorlopige maatregelen of van een vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging ervan bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

946. Het instellen van een vordering tot het bevelen van voorlopige maatregelen in uiterst dringende noodzakelijkheid is hierdoor nog complexer geworden dan ze al was. De nieuwe ontvankelijkheidsvereiste houdt in dat de verzoeker die voorwerp is van een

---

<sup>2172</sup> Memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 13 maart 2014 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en tot wijziging van de gecoördineerde wetten van 13 januari 1973 op de Raad van State, *Parl.St.* Kamer 2013-2014, doc. nr. 53-3445/001, 11. Zie in deze zin ook HvJ 30 mei 2003, C-534/11, *Arslan*, par. 60 e.v.

<sup>2173</sup> EHRM 27 februari 2014, nr. 70055/10, *Josef v. België*, par. 153.

<sup>2174</sup> Memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 13 maart 2014 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en tot wijziging van de gecoördineerde wetten van 13 januari 1973 op de Raad van State, *Parl.St.* Kamer 2013-2014, doc. nr. 53-3445/001, 5.

verwijderingsmaatregel waarvan de tenuitvoerlegging imminent wordt, zich niet beperkt tot het activeren van een hangend gewoon schorsings- en annulatieberoep, enerzijds, maar tevens op gelijktijdige wijze tegen de verwijderingsmaatregel waarvan hij het voorwerp is, al naar gelang het geval, een vordering tot het bevelen van voorlopige maatregelen of een vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging ervan bij uiterst dringende noodzakelijkheid indient, anderzijds. Hoewel deze nieuwe voorwaarde tot doel heeft om voorlopige maatregelen slechts als ontvankelijk te beschouwen indien het nuttig is om een effectieve rechtsbescherming te waarborgen, lijkt deze verhoogde complexiteit haaks te staan op de kritiek van het EHRM op dit Belgische systeem van voorlopige maatregelen in het arrest *Josef*.

*E. ‘Protection gaps’: het gebruik van non-refoulementclausules of  
humanitaire clausules*

947. Het geheel van al de hierboven besproken elementen kan ertoe leiden dat er in sommige gevallen een ‘*protection gap*’ ontstaat en dat er geen voldoende rechtsbescherming wordt geboden tegen een verwijderingsbeslissing.

948. Het EHRM veroordeelde deze praktijk in het arrest *Singh*, waarin de samenloop van het gebrek aan nauwgezet onderzoek van nieuwe stukken door het CGVS en de Raad, de afgifte van een verwijderingsmaatregel vóór de Raad zich heeft uitgesproken over een asielbeslissing van het CGVS, de complexiteit van de vordering tot het bevelen van voorlopige maatregelen in uiterst dringende noodzakelijkheid en de afwezigheid van een nuttig beroep tegen de verwijderingsbeslissing, leidde tot een schending van het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel: “93. *En l’espèce, une controverse existe entre les parties sur les modalités du recours en annulation de la mesure d’éloignement dont les requérants auraient pu ou dû faire usage pour faire valoir leurs craintes d’un refoulement en chaîne vers la Russie puis l’Afghanistan.*

94. *Les requérants estiment qu’il ne peut pas leur être reproché de ne pas avoir fait valoir leurs craintes d’un refoulement en chaîne de la Russie vers l’Afghanistan lors de la notification de la mesure d’éloignement le 19 mars 2011, à un moment où ils ne savaient pas si et vers où ils seraient finalement éloignés. Le Gouvernement réplique que les requérants auraient dû introduire leur recours après que la décision d’éloignement soit devenue exécutoire à savoir, le 24 mai 2011, quand le CCE a rendu son arrêt rejetant le recours en réformation dans le cadre de la procédure d’asile.*

95. *A supposer qu’une réactivation du recours par le jeu des mesures provisoires prévues par l’article 39/85 de la loi (paragraphe 37) ait été une possibilité pour les requérants de faire examiner leurs craintes une fois la destination fixée, la Cour constate que le Gouvernement ne fournit aucun exemple de jurisprudence démontrant qu’il s’agissait d’une voie présentant un degré suffisant de certitude en pratique. Au demeurant, la Cour note que la mesure d’éloignement qui fut délivrée aux requérants indiquait textuellement qu’un éventuel recours devait être introduit par voie de requête, dans les trente jours de la notification de cette décision (paragraphe 8). Il lui semble également clairement ressortir de l’article 39/80 de la loi sur les étrangers (paragraphe 35) que le recours contre la mesure d’éloignement est à introduire préalablement à l’issue du recours en plein contentieux dans le cadre de la procédure d’asile.*

96. *Ensuite, même en supposant que les requérants aient introduit un recours en annulation contre la mesure d’éloignement une fois que celle-ci fut devenue exécutoire et que la destination de transfert fut déterminée, la Cour s’interroge, avec les requérants, sur l’utilité pratique d’un tel recours. En effet, il lui apparaît que, de fait, leurs craintes liées à un retour*

en Afghanistan avaient été « épuisées » par le refus du CGRA puis du CCE de considérer que les requérants avaient la nationalité afghane et donc d'examiner le bien-fondé de leurs griefs tirés de l'article 3. Si l'effectivité d'un recours ne dépend certes pas de la certitude d'avoir une issue favorable, l'absence de toute perspective réaliste d'obtenir un redressement approprié pose problème selon l'article 13 (M.S.S., précité, § 394). Or, la Cour n'aperçoit pas quels arguments spécifiques les requérants auraient pu invoquer pour éviter un retour en Afghanistan via la Russie.”<sup>2175</sup>

949. Niettemin bepaalt de Vreemdelingenwet dat de DVZ verplicht is de verwijdering tijdelijk uit te stellen indien de beslissing tot terugleiding of verwijdering naar de grenzen van het grondgebied de vreemdeling blootstelt aan een schending van het non-refoulementbeginsel.<sup>2176</sup> Dit houdt in dat de DVZ in beginsel, minstens bij elke gedwongen uitvoering van een verwijderingsmaatregel, moet toetsen aan artikel 3 EVRM en het non-refoulementbeginsel in het algemeen. VOGELAAR merkt terecht op dat dit een bredere toets is dan de enkele “vluchtelingentoets” of “subsidiare beschermingstoets” van het CGVS en de Raad.<sup>2177</sup>

950. In het kader van de geschetste problematieken zijn de adviezen van het CGVS over een eventuele non-refoulementverplichting alsook de humanitaire clausules dan ook van belang. Hoewel deze adviezen en humanitaire clausules niet-bindend zijn, zijn ze een essentieel element voor de DVZ wanneer een verwijderingsbeslissing wordt overwogen. Ook voor de Raad zijn deze adviezen en humanitaire clausules van het CGVS nuttig wanneer de Raad zich dient te buigen over een annulatieberoep tegen een verwijderingsbeslissing. Echter, zoals A. MAES reeds aantoonde, is de Raad in het kader van een beroep tegen een weigering van de vluchtelingenstatus of de subsidiare bescherming niet verplicht (of bevoegd) om het eventueel advies van het CGVS m.b.t. het risico bij terugkeer te hernemen en te bevestigen.<sup>2178</sup> Hetzelfde geldt voor de humanitaire clausules van het CGVS. De bevoegdheid van de Raad beperkt zich tot het hervormen, bevestigen of vernietigen van de bestreden asielbeslissingen van het CGVS.<sup>2179</sup> Binnen de hem toegekende hervormingsbevoegdheid kan de Raad een bestreden asielbeslissing toetsen aan artikel 3 EVRM enkel in het kader van artikel 48/4, § 2, Vreemdelingenwet.<sup>2180</sup> De Raad kan in het kader van een eventuele verwijderingsbeslissing artikel 3 EVRM echter niet onderzoeken.<sup>2181</sup> Zulk onderzoek is enkel mogelijk wanneer de Raad optreedt als annulatierechter in het onderzoek tegen het beroep tegen een verwijderingsbeslissing.<sup>2182</sup> In deze zin oordeelde de Raad van State op opmerkelijke wijze dat een schending van artikel 3 van het EVRM niet kan worden aangevoerd in het kader van een beroep tegen een asielbeslissing, omdat de Raad in deze geen uitspraak doet over een verwijderingsmaatregel.<sup>2183</sup> Ook wanneer de Raad toepassing maakt van de uitsluitingsgronden, zal hij zich in beginsel niet op concrete en specifieke wijze kunnen uitspreken over eventuele verwijderingsbeslissingen.<sup>2184</sup>

951. Aangaande deze problematiek reikt A. MAES een waardevolle suggestie aan, meer bepaald de mogelijkheid voor de Raad om zich in een *obiter dictum* uit te spreken over de

---

<sup>2175</sup> EHRM 2 oktober 2012, nr. 33210/11, *Singh e.a. v. België*, par. 93.

<sup>2176</sup> Art. 74/17, § 1, Vreemdelingenwet.

<sup>2177</sup> F. VOGELAAR, “Protection gap’ in de asielprocedure”, *T. Vreemd.* 2013, 61.

<sup>2178</sup> RvV 30 juli 2007, *T. Vreemd.* 2008, 61-67, noot A. MAES.

<sup>2179</sup> Art. 39/2, § 1, Vreemdelingenwet.

<sup>2180</sup> RvV 5 januari 2009, nr. 21.196.

<sup>2181</sup> Zie RvV 27 maart 2009, nr. 25.240, met citaat uit RvS 24 juni 2008, nr. 184.647. Zie ook RvS 31 maart 2009, nr. 4263.

<sup>2182</sup> Art. 39/2, § 2, Vreemdelingenwet.

<sup>2183</sup> RvS 17 december 2013, nr. 225.960, punt 6.2.

<sup>2184</sup> RvV 26 maart 2009, nr. 25.061.



eventuele gespannen verhouding tussen een verwijderingsbeslissing en art. 3 EVRM wanneer asiel en subsidiaire bescherming worden geweigerd.<sup>2185</sup>

In deze zin oordeelde de Raad dan ook dat, hoewel de toepassing van de uitsluitingsgronden in het concrete geval van de toekenning aan de vreemdeling van een geprivilegieerd statuut (vluchtelingenstatus of subsidiaire beschermingsstatus) in België verhindert, deze uitsluitingsgronden de Belgische overheid daarom niet vrijstellen van de naleving van de internationale verplichtingen die inzonderheid voortvloeien uit artikelen 2 en 3 van het EVRM.<sup>2186</sup> In dezelfde zin tracht de Raad op eigen initiatief tegemoet te komen aan een eventuele ‘*protection gap*’. Om te verhinderen dat een verzoeker bij een eventuele verwijdering naar het land van herkomst wordt blootgesteld aan een schending van het non-refoulementbeginsel, zal de Raad in sommige gevallen toch de situatie in het land van herkomst onderzoeken. Dit onderzoek leidt niet tot de verlening van een internationale beschermingsstatus. De vaststelling dat de verzoeker in kwestie geen zicht geeft op bepaalde essentiële elementen en het gegeven dat het niet onwaarschijnlijk is dat de verzoeker de nationaliteit van een ander land bezit of in een ander land een beschermingsstatus geniet, maakt immers dat de nood aan internationale bescherming niet kan worden vastgesteld. Het onderzoek leidt enkel tot een niet-terugleidingsadvies bedoeld voor de DVZ.<sup>2187</sup> Zo oordeelde de Raad in een asielberoep t.a.v. Afghaanse asielzoekers die behoren tot de Sikh-minderheid als volgt: *“In casu leggen verzoekers een Afghaans paspoort voor, afgeleverd door de Afghaanse ambassade in Brussel op 27 december 2010. Uit deze documenten blijkt dat zij beschikken over de Afghaanse nationaliteit, wat in de bestreden beslissingen overigens niet wordt betwist. Evenmin kan worden betwist dat zij behoren tot de Sikh-minderheid. Gelet op de door verzoekers bijgebrachte en in voorliggend verzoekschrift geciteerde informatie en mede in acht genomen de informatie gevoegd aan de verweernota van 11 december 2012 (Subject Related Briefing “Afghanistan” “Veiligheidssituatie Hindoes en Sikhs” van 11 april 2012) dienen verzoekers te worden gevolgd waar zij stellen dat Sikhs en Hindoes in Afghanistan een risicoprofiel hebben en te lijden hebben onder vervolging en discriminatie. Daarnaast werd in het kader van verzoekers hun eerste asielaanvraag geoordeeld dat geen geloof kan worden gehecht aan hun bewering na hun verhuis uit Parwan toen zij nog heel jong waren steeds in te stad Kabul te hebben gewoond en dat zij niet de waarheid vertelden over waar zij al die jaren voor hun vlucht naar België verbleven. In de gegeven omstandigheden, inzonderheid het feit dat zij weinig of geen affiniteit hebben met Afghanistan en überhaupt niet kan worden vastgesteld dat zij daar nog familie hebben of een netwerk waar zij kunnen op terugvallen, is de Raad in casu dan ook van oordeel dat verzoekers, die in het bezit zijn van een Afghaans paspoort, niet kunnen “terugkeren” naar Kabul, Afghanistan.”*<sup>2188</sup>

952. Idealiter neemt de DVZ deze bovenvermelde niet-bindende adviezen in rekening bij het uitvaardigen en uitvoeren van een verwijderingsbeslissing, d.i. een terugkeerbesluit. Volgens GOETHALS zal de vaststelling dat de terugkeer van een vreemdeling naar het land van herkomst een schending inhoudt van artikel 3 EVRM, de DVZ er niettemin niet steeds van weerhouden om een verwijderingsbeslissing te nemen. Het zal enkel niet leiden tot een

---

<sup>2185</sup> RvV 30 juli 2007, *T. Vreemd.* 2008, 61-67, noot A. MAES.

<sup>2186</sup> RvV 18 mei 2009, nr. 27.479.

<sup>2187</sup> LEBOEUF over deze rechtspraak: *“Elle écarte le risque que la division des compétences entre la détermination du statut de réfugié ou de protégé subsidiaire, menée par le C.G.R.A., et l’expulsion, procédée par l’Office des étrangers, implique le renvoi des demandeurs déboutés vers le pays vis-à-vis duquel le C.G.R.A. a refusé d’examiner la demande, comme dans l’affaire Singh.”* in L. LEBOEUF, “Les suites de l’arrêt Cour eur. D.H. Singh. Le dépôt d’un passeport ne dispense pas le demandeur ‘manifestement réticent’ à coopérer avec les autorités d’établir son dernier lieu de résidence”, *Newsletter EDEM*, augustus 2013, 15-16.

<sup>2188</sup> RvS 12 april 2013, nr. 100.873, punt 3.7.2.

gedwongen verwijdering naar het land van herkomst, maar er zal van de vreemdeling worden verwacht dat hij het land vrijwillig verlaat.<sup>2189</sup>

Wanneer de Raad in zijn arresten m.b.t. een asielberoep een niet-terugleidingsclausule invoert, zal de Raad het gezag van gewijsde hiervan benadrukken in de beroepen gericht de verwijderingsbeslissing. Dit betekent evenwel niet dat de verwijderingsbeslissing wordt vernietigd, bijvoorbeeld wanneer er een vermoeden is dat de verzoekers over een tweede nationaliteit beschikken. De Raad opteert dan meer voor een tussenoplossing: *“Hoewel de verzoekende partij kan worden bijgetreden waar zij wijst op het gezag van gewijsde van het bovenstaande arrest, zo ook wat betreft het onderdeel waarin wordt gesteld dat “door de verwerende partij wordt niet betwist dat verzoekers beschikken over de Afghaanse nationaliteit en behoren tot de Sikh-minderheid en evenmin dat Sikhs en Hindoes in Afghanistan een risicoprofiel hebben en te lijden hebben onder vervolging, zoals reeds aangegeven in de bestreden beslissing. In de gegeven omstandigheden, inzonderheid het feit dat zij weinig of geen affiniteit hebben met Afghanistan en überhaupt niet kan worden vastgesteld dat zij daar nog familie hebben of een netwerk waar zij kunnen op terugvallen, is de Raad in casu dan ook van oordeel dat verzoekers niet zouden kunnen “terugkeren” naar Afghanistan.”* kan niet anders dan worden vastgesteld dat de thans bestreden beslissing geen gedwongen verwijdering met zich meebrengt. Ze geeft louter het grondgebied aan van de landen die de verzoekende partij moet verlaten. Indien de verwerende partij in de toekomst een gedwongen repatriëring naar Afghanistan zou overwegen, kan zij, in het licht van een onderzoek naar een mogelijke schending van artikel 3 van het EVRM niet voorbijgaan aan de bewoordingen van het voormelde arrest, dat gezag van gewijsde heeft. De verzoekende partij kan zich er dus op dat ogenblik alsnog in rechte op beroepen, daarbij gebruik makend van de mogelijkheden die het Belgische rechtsbestel haar nog biedt.”<sup>2190</sup> De tussenoplossing die hier impliciet wordt bedoeld is de burgerlijke kortgedingrechter. Immers, indien de gedwongen verwijdering slechts de uitvoering is van de verwijderingsbeslissing waarover de Raad zich al heeft uitgesproken, dan zijn de rechtsmiddelen van de verzoekers, althans voor de Raad, uitgeput. Enkel een beroep op de burgerlijke rechter, eventueel in kort geding, om de schorsing van de tenuitvoerlegging van de verwijdering te bekomen, kan dan soelaas brengen.

Anders is het wanneer de Raad bij de behandeling van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid een ‘protection gap’ identificeert. Zo stelde de Raad vast dat in het kader van de beslissing van 2011 tot weigering van de vluchtelingenstatus en de subsidiaire beschermingsstatus het risico op onmenselijke behandeling in Afghanistan niet werd onderzocht omdat verzoeker niet aannemelijk maakte recent afkomstig te zijn uit de Paghman, Afghanistan. Niettemin werd verzoeker, wiens Afghaanse nationaliteit niet in vraag werd gesteld, in 2014 vastgehouden met oog op gedwongen verwijdering naar Kabul, Afghanistan. De Raad wees erop dat het aan de DVZ toekomt om de veiligheidssituatie en/of humanitaire situatie in Afghanistan, die volatiel is, op de voet te volgen en zijn handelingen, met name de uitvoering van een gedwongen verwijdering, te baseren op actuele informatie aangedaan de situatie in Afghanistan en de impact ervan op burgers. De Raad stelt dat in die zin van de DVZ kan worden verwacht dat hij kennis heeft of zou moeten over recente

---

<sup>2189</sup> Zie M.-C. GOETHALS, “De uitsluitingsclausule en de toepassing door de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen”, *T. Vreemd.* 2010, 121. De auteur verwijst ook naar RvV 18 december 2008, nr. 20.701, waarin werd geoordeeld dat in casu de betrokkene geen ernstig en reëel risico aantoonde te worden blootgesteld aan foltering of mensonterende behandeling omdat het bevel om het grondgebied te verlaten geen gedwongen terugleiding van de verzoeker naar Irak inhoudt. De auteur verduidelijkt ook dat de aanwezigheid van legaal verblijvende familieleden op het grondgebied niet meteen een recht van verblijf opent voor de uitgesloten vreemdeling onder art. 8 EVRM, omdat de afweging tussen het belang van de openbare orde en het belang van het gezinsleven in zulke gevallen negatief zal uitvallen voor de vreemdeling.

<sup>2190</sup> Zie RvV28 maart 2014, nr. 135.427 en RvV 28 maart 2014, nr. 136.747.

landeninformatie m.b.t. Afghanistan en dat hij een risicoanalyse maakt en motiveert, minstens voorafgaandelijk onderzoekt, waarom ondanks deze informatie, een gedwongen verwijdering naar Afghanistan in het geval verzoeker rekening houdend met de omstandigheden die zijn zaak kenmerken, toch doorgang kan vinden. Uit de bestreden beslissing noch uit het administratief dossier bleekt dat zulke risicoanalyse had plaats gehad, bijgevolg werd de gedwongen uitvoering van de verwijderingsmaatregel geschorst.<sup>2191</sup> Hieruit blijkt dat de UDN –procedure bij gedwongen verwijdering weliswaar bescherming kan bieden tegen een ‘protection gap’, maar dat deze bescherming enkel en pas kan worden bekomen wanneer de tenuitvoerlegging van een verwijderingsmaatregel imminent is.

---

<sup>2191</sup> RvV 24 juni 2014, nr. 126.137.

#### **§ 4. Tussenbesluit**

953. Welke visies er binnen de Raad ook worden gehanteerd t.a.v. de samenhang (of niet) tussen asiel- en humanitaire verblijfsbeslissingen, enerzijds, en verwijderingsbeslissingen, anderzijds, beide zijn even valabel.

954. De visie die de samenhang wel aanvaardt vindt steun in de gehanteerde praktijken van de DVZ. Uit de beslissingen en de feiten in de dossiers zal veelal worden vastgesteld dat de verwijderingsbeslissing werd genomen als een volgbeslissing, d.i. als corollarium, van de afgewezen asiel- of humanitaire verblijfsbeslissing. Het gegeven dat de DVZ aparte beslissingen neemt gebaseerd op eigen juridische en feitelijke vaststellingen naargelang de verblijfs- en verwijderingsprocedure, doet aan deze vaststelling geen afbreuk. In die zin wordt de verwijzing naar een eventuele gebonden bevoegdheid van DVZ m.b.t. de verwijderingsbeslissing niet aanvaard, omdat uit de gegevens van het dossier en de beslissingen zal blijken, dat de verwijderingsbeslissing pas wordt genomen nadat een beslissing wordt getroffen over de verblijfsaanvraag. Dit is voor de Raad een aanwijzing dat de DVZ de uitkomst van de verblijfsaanvraag zelf bepalend heeft geacht voor de afgifte van een verwijderingsbeslissing. Als de DVZ echt de gebonden bevoegdheid zou hebben nageleefd, dan had deze immers een verwijderingsbeslissing genomen van zodra hij op de hoogte werd gebracht van de illegale verblijfssituatie van de vreemdeling. Deze visie gaat uit van de rechtszekerheid voor en de rechtsbescherming van de vreemdeling. Een goede rechtsbedeling houdt binnen deze visie in dat de samenhang tussen een asiel- of humanitaire verblijfsbeslissing en een verwijderingsbeslissing wordt aanvaard wanneer uit de elementen van het dossier duidelijk blijkt dat de verwijderingsbeslissing een volgbeslissing is. Indien de verblijfsbeslissing wordt vernietigd, dan zal deze visie vanuit haar bekommernis om een goede rechtsbedeling de verwijderingsbeslissing uit het rechtsverkeer halen en vernietigen.

955. De visie die een juridische samenhang niet aanvaardt, vindt steun in het wettelijk kader. De Vreemdelingenwet is immers zo opgebouwd dat voor elke aangevoerde beschermingsnood een eigen afzonderlijke asiel- of verblijfsaanvraag moet worden ingediend. Bij een afwijzing van deze aanvraag wordt een afzonderlijke asiel- of verblijfsbeslissing genomen. De motivering beperkt zich tot de eigen juridische grondslag en de feitelijke elementen van de ingediende aanvraag en spreekt zich niet uit over een eventueel volgende verwijderingsbeslissing. Verwijderingsbeslissingen worden afgegeven in afzonderlijke akten met een eigen specifieke motivering, gebaseerd op eigen juridische en feitelijke vaststellingen. Daarbij moet worden vastgesteld dat de DVZ in welbepaalde gevallen verplicht is een verwijderingsbeslissing te nemen, ongeacht of een asiel- of humanitaire verblijfsbeslissing werd ingediend, ongeacht of het onderzoek lopende is en ongeacht de positieve of negatieve uitkomst van de ingediende aanvraag. De DVZ is niet gehouden om in de verwijderingsbeslissing te verwijzen naar of te motiveren over elementen die werden aangehaald in de aanvraag. Doordat in de Vreemdelingenwet de verschillende asiel-, humanitaire verblijfs- en verwijderingsprocedures niet met elkaar worden verbonden maar juist naast elkaar worden geplaatst, kan deze visie dan ook op goede gronden stellen dat er geen sprake is van samenhang. De visie op goede rechtsbedeling gaat hier uit van de bekommernis om de rechtsstrijd zo overzichtelijk te houden in complexe dossiers, waar gebruik werd gemaakt van opeenvolgende beschermingsprocedures met x-aantal negatieve asiel- en humanitaire verblijfsbeslissingen en verwijderingsbeslissingen tot gevolg. Dit noodzaakt een vlot en praktisch verloop van het geding en een afwikkeling van de zaak waarbij afzonderlijke onderzoeken en debatten, die anders noodzakelijk zouden zijn, worden vermeden. De visie gaat er tevens van uit dat de eis om voor elke afzonderlijke asiel-, humanitaire verblijfsbeslissing en verwijderingsbeslissing een aparte vordering en beroep in

te stellen, niet leidt tot tegenspraak in rechterlijke beslissingen. De Raad gaat er hier immers van uit dat de beslissingen niet zo nauw samenhangen en dat er geen stellig verband bestaat tussen de beslissingen wat hun voorwerp of wat hun grondslag betreft. De Raad meent daarbij dat het niet als waarschijnlijk voorkomt dat vaststellingen gedaan of beslissingen genomen met betrekking tot de ene vordering, een weerslag zullen hebben op de uitkomst van de andere vordering.

956. Hoewel de visie die de juridische samenhang niet aanvaardt zeer zeker valabel is, kan deze ertoe leiden dat de chronologie en het overzicht over de feitelijke samenhang verloren gaat met eventuele lacunes in de rechtsbescherming tot gevolg. Het wordt voor de Raad hoe langer hoe moeilijker om binnen één individueel dossier een overzicht te houden op alle ingediende verblijfsprocedures, alle afgeleverde verwijderingsbeslissingen en aanhangig gemaakte beroepsprocedures, de respectievelijke uitkomsten en eventuele gevolgen van een vernietiging, en de eventuele onderlinge beïnvloeding van al deze elementen. Dit aandachtspunt is des te meer van belang daar de interne organisatie van de Raad dit overzicht ongewild belemmert, wat des te meer geldt nu de Raad over de mogelijkheid beschikt om een beroep in een louter of zuiver schriftelijke procedure af te doen.<sup>2192</sup>

957. De mogelijkheid om asielprocedures en humanitaire verblijfsprocedures opeen te stapelen, legt een grote werklast op het CGVS en de DVZ. Elke aanvraag noodzaakt immers een beslissing. Negatieve asiel- en humanitaire verblijfsbeslissingen worden in de regel vergezeld van een verwijderingsbeslissing, waarvan de vorm kan variëren van een gewoon bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 13) tot een bevel om het grondgebied te verlaten – asielzoeker (bijlage 13*quinquies*) tot bevelen tot terugbrenging (bijlage 38) tot bevelen om het grondgebied te verlaten met vasthouding met oog op verwijdering (bijlage 13*septies*).<sup>2193</sup>

#### 1) Eerste en herhaalde asielaanvragen<sup>2194</sup>

Jaar	Eerste asielaanvraag	Herhaalde asielaanvragen	Totaal	Afgerond percentage meervoudige aanvragen	aantal
2012	15206	6257	21463	29%	
2013	10211	5629	15840	36%	

<sup>2192</sup> Art. 39/73 Vreemdelingenwet.

<sup>2193</sup> Hierbij moet opgemerkt dat de afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten–asielzoeker (bijlage 13*quinquies*) minstens impliciet als ingetrokken wordt beschouwd wanneer een volgende asielaanvraag wordt ingediend die in overweging wordt genomen, aangezien hieruit een tijdelijk verblijfsrecht voortvloeit. RvS 28 mei 2014, nr. 10.529 (NTB).

<sup>2194</sup> Informatiebron: FOD Binnenlandse Zaken, Algemene Directie Dienst Vreemdelingenzaken, statistieken beschikbaar op [dofi.fgov.be](http://dofi.fgov.be)

2) Aanvragen machtiging tot verblijf om humanitaire redenen<sup>2195</sup>

a. Tabel van de binnenkomende aanvragen per type procedure en per jaar (2008-2013)

Jaar	Artikel 9bis	Artikel 9ter	Totaal
2008	12959	5426	19371
2009	17657	8575	26232
2010	30289	6559	39848
2011	8096	9675	17771
2012	8745	7667	16412
2013	8706	4290	12996

b. Tabel van hangende aanvragen per type procedure en per jaar (2008-2013)

Jaar	Artikel 9bis	Artikel 9ter	Totaal
2008	4849	4529	15572
2009	10357	9291	23486
2010	28543	10928	40241
2011	17384	11046	28845
2012	11992	6022	18303
2013	7983	2775	10895

3) Tegen elke negatieve asiel- en humanitaire verblijfsbeslissing staat verder een beroep bij de Raad open. Tegen elke verwijderingsbeslissing is eveneens een beroep bij de Raad mogelijk.

Tabel van hangende zaken bij de Raad op 1 juni 2014:<sup>2196</sup>

Type beslissing	Alle beslissingen o.g.v. artikel 9bis	Alle beslissingen o.g.v. artikel 9ter	BVGs (bijlagen 13, 13quinquies, 13septies, 38)	Beslissingen inzake eerste asielaanvragen <sup>2197</sup>	Beslissingen inzake meervoudige asielaanvragen
Aantal hangende beroepen	10308	5844	12714	2325	595

<sup>2195</sup> Informatiebron: FOD Binnenlandse Zaken, Algemene Directie Dienst Vreemdelingenzaken, statistieken beschikbaar op [dofi.fgov.be](http://dofi.fgov.be)

<sup>2196</sup> Cijfers verkregen van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen op 11 juni 2014.

<sup>2197</sup> Eerste asielaanvragen betreffen zowel eerste asielbeslissingen ten gronde als eerste beslissingen tot niet-inoverwegingneming.

958. Voor de Raad specifiek wordt de goede werking en het beheer van het grote aantal beroepen bemoeilijkt door hangende opeengestapelde asiel- en verblijfsprocedures en het opeenstapelen van beroepsprocedures. Bovendien leidt de verdubbelde beroepsprocedure bij de Raad ertoe dat bijkomende beschermingsnoden van een vreemdeling nu eens in een hervormingscontentieux worden onderzocht (bv. subsidiaire bescherming), dan weer in het annulatiecontentieux (bv. ernstige ziekte) waarbij het moment van de toetsing respectievelijk *ex nunc* dan weer *ex tunc* zal zijn. Het niet in aanmerking kunnen nemen van nieuwe feiten en omstandigheden kan het indienen van een nieuwe verblijfsaanvraag of asielaanvraag uitlokken.

959. Daarenboven is er een toenemende tendens om de negatieve asiel- en humanitaire verblijfsbeslissingen strikt gescheiden te houden van de verwijderingsbeslissingen en de samenhang tussen deze beslissingen minder en minder te aanvaarden waardoor bepaalde inhoudelijke aspecten die betrekking hebben op de asielbeslissing of de humanitaire verblijfsbeslissing (bv. een eventuele motivering omtrent niet-terugleiding door het CGVS of de Raad, een humanitaire clausule, een vastgesteld motiveringsgebrek omtrent artikel 3 EVRM bij medische verblijfsaanvragen, of een vastgesteld motiveringsgebrek omtrent artikel 8 EVRM bij humanitaire verblijfsaanvragen) niet steeds (kunnen) worden meegenomen in de behandeling van het beroep tegen de verwijderingsbeslissing met zgn. '*protection gaps*' tot gevolg.

960. Omdat een verwijderingsbeslissing de vreemdeling in wezen slechts beveelt om het Belgische grondgebied te verlaten maar het land van terugkeer niet vermeldt, is voor de Raad niet steeds mogelijk zijn om een concrete beoordeling te maken van een aangevoerde EVRM-grief, omdat de Raad niet bekend is met de bestemming van de repatriëring. Een daadwerkelijke en doeltreffende rechtsbescherming lijkt bijgevolg enkel mogelijk te zijn wanneer de verwijdering imminent is of wordt.

961. Het gegeven dat er in het verlengde van het onderzoek van de asielaanvraag geen integraal en opeenvolgend onderzoek plaatsvindt naar bijkomende beschermingsnoden, betekent dat bijkomende beschermingsnoden zowel in het asiel- als in het migratiebeleid worden beantwoord. Daarbij komt het gegeven dat verwijderingsbeslissingen als apart en gescheiden worden beschouwd van negatieve asiel- en humanitaire verblijfsbeslissingen, wat ertoe kan leiden dat een opeenstapeling van procedures bij verschillende instanties (de DVZ, het CGVS, de Raad in hervormingsbevoegdheid, de Raad in annulatiebevoegdheid) noodzakelijk is om bescherming te kunnen krijgen tegen een verwijdering die mogelijk in strijd is met hogere rechtsnormen.<sup>2198</sup>

962. De verdubbelde beroepsprocedure bij de Raad en het verschil in de omvang van het hervormingsberoep en het annulatieberoep compliceert en verscherpt deze problematiek nog verder. Daarenboven wordt de Raad geconfronteerd met het ondubbelzinnige oordeel van het Grondwettelijk Hof en het EHRM dat de annulatieprocedure en de procedures bij uiterst dringende noodzakelijkheid niet kunnen worden beschouwd als een daadwerkelijk rechtsmiddel in de zin van artikel 13 EVRM. De wetswijzigingen van 10 april 2014 met betrekking tot het beroep tegen beslissingen tot niet-inoverwegingname van meervoudige asielaanvragen en aanvragen uit veilige landen van herkomst en met betrekking tot de procedures bij uiterst dringende noodzakelijkheid, komen deels tegemoet aan de kritiek van deze hogere hoven, maar creëren anderzijds weer nieuwe probleempunten, zoals hierboven besproken. Deze wetswijzigingen zijn ook geen oplossing voor de problematiek van het

---

<sup>2198</sup> Zie ook conclusie van F. VOGELAAR, "‘Protection gap’ in de asielprocedure", *T. Vreemd.* 2013, 66.

opeenstapelen van asielprocedures, humanitaire verblijfsprocedures, verwijderingsbeslissingen en beroepsprocedures en beëindigen ze de problematische scheiding tussen beslissingen inzake bescherming en beslissingen inzake verwijdering niet.

963. Al deze elementen, het opeenstapelen van verschillende en zelfde verblijfs- en beroepsprocedures, de verdubbelde beroepsprocedure bij de Raad, de scheiding tussen negatieve asiel- en humanitaire verblijfsbeslissingen, enerzijds, en verwijderingsbeslissingen, anderzijds, en tekortkomingen in daadwerkelijke rechtsbescherming, maken dat het humanitaire migratiekanaal tot een zeer complexe materie is geworden. De individuele dossiers van vreemdelingen kunnen daardoor onontwarbare kluwens worden.

964. Tenslotte moet worden opgemerkt dat Richtlijn 2013/32/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale bescherming (hierna: Procedurerichtlijn 2013), tegen 21 juli 2015 dient te worden omgezet in nationaal recht.<sup>2199</sup> Deze richtlijn bevat een artikel 46 betreffende het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel. De Europese Commissie vertrok in haar voorstel voor de richtlijn vanuit de logica van één unieke beslissing, inclusief terugkeerbesluit, en één unieke beroepsmogelijkheid tegen de asiel- en verwijderingsbeslissing.<sup>2200</sup> Deze logica wordt niet in alle lidstaten gehanteerd; zo kent België aparte asielbeslissingen en verwijderingsbeslissingen, wat gepaard gaat met parallelle beroepsmogelijkheden. De bepaling met betrekking tot het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel is een zeer complexe bepaling geworden. Deze complexiteit is het gevolg van de zorg om, enerzijds, nationale asielstelsels en beroepssystemen te kunnen handhaven en, anderzijds, de zorg om de principes van het EHRM en het HvJ met betrekking tot een daadwerkelijk rechtsmiddel te waarborgen. Deze principes zijn: (i) een redelijke termijn voor het beroep, (ii) een volledige beoordeling *ex nunc*, *de jure* en *de facto* en (iii) het automatisch schorsend karakter van het beroep. Indien lidstaten niet voorzien in één unieke beroepsmogelijkheid die aan deze principes tegemoet komt, dan moet, in overeenstemming met de rechtspraak van het EHRM, naar het geheel van de beroepsmogelijkheden worden gekeken om na te gaan of er wordt voldaan aan de vereiste van een recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel. Het is daarom dat artikel 46 van de Procedurerichtlijn 2013 in uitzonderingen en afwijkingen voorziet op de principes van het daadwerkelijk rechtsmiddel tegen een asielbeslissing, maar daar tegenover weer andere vereisten stelt ten aanzien van het rechtsmiddel tegen een verblijfs-/verwijderingsbeslissing. Op die manier wordt erover gewaakt dat het geheel van de beroepsmogelijkheden, zowel tegen de asielbeslissing als de verblijfs-/verwijderingsbeslissing, een daadwerkelijk rechtsmiddel garanderen. De vraag rijst echter of de annulatiebevoegdheid van de Raad t.a.v. verwijderingsbeslissingen, waartegen een grief op grond van artikel 3 EVRM kan worden aangevoerd, in samenhang met de mogelijkheid om procedures in uiterst dringende noodzakelijkheid in te dienen, voldoet aan de vereisten van een daadwerkelijk rechtsmiddel. Uit de bespreking van het arrest nr. 1/2014 van het Grondwettelijk Hof en het arrest *Josef* van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, blijkt dat deze vraag door de hogere rechtshoven negatief wordt beantwoord. De wetswijzigingen van 10 april 2014 om de procedures in uiterst dringende noodzakelijkheid in lijn te brengen met de vereisten van een daadwerkelijk rechtsmiddel zijn evenwel een stap vooruit, doordat zij duidelijkheid brengen in de schorsende werking van de procedures en een *ex nunc* toetsing voorzien. Desondanks, vormen deze wetswijzigingen geen afdoend antwoord op de andere verschillende probleempunten die hierboven werden geïdentificeerd en besproken.

---

<sup>2199</sup> Richtl. Parl. en Raad 2013/32/EU, 26 juni 2013, betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale bescherming (herschikking), *Pb.L.* 29 juni 2013, afl. 180, 60-95.

<sup>2200</sup> Inlichtingen bekomen van Stijn De Decker, justice and home affairs counsellor bij de Belgische Permanente Vertegenwoordiging bij de Europese Unie.



## Afdeling 2. Wenselijke ontwikkelingen voor een efficiënt en vereenvoudigd Belgisch beleid t.a.v. humanitaire migratie

965. Een noodzaak tot vereenvoudiging dringt zich ook op en uit zich in het formuleren van een aantal wenselijke ontwikkelingen *de lege ferenda*

In eerste orde kunnen een aantal concrete en snel toepasbare voorstellen op een *ad hoc* wijze een aantal van de geïdentificeerde procedurele problemen verhelpen. Deze concrete *ad hoc* voorstellen en bijhorende opmerkingen worden hierna in § 1 verder toegelicht.

966. Er kan echter ook aan een meer structurele oplossing worden gedacht. In 2007 riep BOUCKAERT al op tot een grondigere hervorming van de Vreemdelingenwet “zodat deze wet voortaan de drie grote types van migratie regelt, de migratie om humanitaire redenen, de volgmigratie (gezinshereniging en -vorming) en de migratie om economische redenen.”<sup>2201</sup> Voor wat betreft migratie om humanitaire redenen specifiek, schoof BOUCKAERT als mogelijke oplossing naar voor dat men met gecumuleerde beslissingen werkt, “in die zin dat een vreemdeling die zich beroept op humanitaire redenen (asiel, subsidiaire bescherming, slachtoffer van mensenhandel, niet-begeleide minderjarige vreemdelingen, medische redenen), uiteindelijk een beslissing ontvangt waarin over al deze aspecten uitspraak wordt gedaan en vervolgens één beroepsprocedure openstaat waarin het bevoegde rechtscollege zich over de gehele beslissing uitspreekt”.<sup>2202</sup> Hij stelde: “Wat wij voorstellen is dat men de bestaande gecumuleerde behandeling van asielaanvragen en verzoeken om subsidiaire bescherming verder verruimd tot alle humanitaire toelatingscriteria, zodat een vreemdeling die meent om humanitaire redenen in België verblijf te kunnen houden, ter zake één globale beslissing ontvangt, daartegen één rechtsmiddel kan aanwenden, en dat dit alles bij voorkeur binnen de zes à negen maanden behandeld kan worden.”<sup>2203</sup>

967. Inspiratie voor een meer structurele oplossing werd gezocht in het holistische en vereenvoudigd beschermingsbeleid dat in Nederland en het Verenigd Koninkrijk wordt gevoerd t.a.v. vreemdelingen. Deze lidstaten kiezen ervoor om ten aanzien van beschermingsnoden een benadering te hanteren waarbij één administratieve en/of één beroepsprocedure wordt aangewend. In deze procedure worden, naast een eerste toetsing naar de nood aan internationale bescherming, verschillende bijkomende beschermingsnoden achtereenvolgens onderzocht en beoordeeld en wordt er eveneens uitspraak wordt gedaan over de mogelijkheid tot terugkeer, al dan niet in één beschikking.

Dit beschermingsmodel dient als inspiratie voor een meer structurele oplossing die moet leiden tot een vereenvoudiging, betere efficiëntie en rationalisering van de Belgische procedures inzake “humanitaire migratie”. Deze structurele oplossing uit zich in een concreet voorstel *de lege ferenda* dat pleit voor één alomvattende humanitaire verblijfsprocedure waarvan de details hieronder in §2 worden besproken.

---

<sup>2201</sup> S. BOUCKAERT, *Documentloze vreemdelingen: Grondrechtenbescherming doorheen de Belgische en internationale rechtspraak vanaf 1985*, Antwerpen, Maklu, 2007, 1102.

<sup>2202</sup> S. BOUCKAERT, *Documentloze vreemdelingen: Grondrechtenbescherming doorheen de Belgische en internationale rechtspraak vanaf 1985*, Antwerpen, Maklu, 2007, 1102.

<sup>2203</sup> S. BOUCKAERT, *Documentloze vreemdelingen: Grondrechtenbescherming doorheen de Belgische en internationale rechtspraak vanaf 1985*, Antwerpen, Maklu, 2007, 1102.

Zulke alomvattende humanitaire verblijfsprocedure zet duidelijke bakens uiteen waarbinnen bescherming wordt verleend. Door een coherente, vereenvoudigde en efficiënte benadering is men staat om het opeenstapelen van, het oneigenlijk gebruik en het misbruik van asielprocedures, humanitaire verblijfsprocedures en beroepsprocedures te vermijden. Naast een vereenvoudiging van procedures en het tegengaan van oneigenlijk gebruik en misbruik, speelt een alomvattende humanitaire verblijfsprocedure ook preventief in op terugkeerbeletselen waardoor een efficiënter terugkeerbeleid mogelijk wordt.

Er wordt benadrukt dat efficiëntie en het verminderen van oneigenlijk gebruik en misbruik een deugdelijk en inhoudelijk onderzoek niet uitsluiten. Het onderscheid tussen negatieve asiel- en humanitaire verblijfsbeslissingen en verwijderingsbeslissingen wordt ongedaan gemaakt zodat mogelijke “*protection gaps*” minder kunnen voorvallen. Een alomvattende procedure verschaft daardoor ook meer rechtszekerheid en duidelijkheid aan de betrokken administraties en de Raad alsook aan de vreemdeling. Het verbetert de daadwerkelijkheid van de toegang tot bescherming en waarborgt een nauwgezet en *ex nunc* onderzoek van alle aangevoerde grieven. Door beschermingsnoden op een integrale en efficiënte wijze te benaderen, wordt een goede rechtsbedeling en een daadwerkelijke rechtsbescherming van vreemdelingen bevorderd.

Efficiëntie is immers niet tegenstrijdig met de vereiste van eerlijke en deugdelijke procedures.

Bovendien is dit voorstel conform met wat de Europese Commissie voor ogen had in haar voorstel tot herziening van de Asielprocedurerichtlijn en waar ze vertrok vanuit de logica van één unieke beslissing, inclusief terugkeerbesluit, en één unieke beroepsmogelijkheid tegen de asiel- en verwijderingsbeslissing. De omzetting van de Procedurerichtlijn vormt dan ook een unieke kans om over te gaan tot een *tabula rasa* en het hele humanitaire beschermingssysteem en de procedure in België te herdenken.

Tenslotte zal blijken dat om pragmatische redenen en vanuit een zekere realiteitszin er voor gekozen werd om dit voorstel voor een alomvattende humanitaire verblijfsprocedure in te bedden in de bestaande structuren.

## **§ 1. Ad hoc voorstellen en bemerkingen**

968. Een aantal van de hierboven geïdentificeerde procedurele problemen kunnen worden verholpen door concrete en punctuele beleids- en/of wetswijzigingen. Hieronder worden een aantal voorstellen en opmerkingen geformuleerd, waarvan sommige reeds eerder terloops werden vermeld maar nu verder worden uitgewerkt en aangevuld.<sup>2204</sup>

969. Voor wat betreft asielaanvragen, pleit ik er voor om de afgifte van een verwijderingsbeslissing pas mogelijk te maken nadat de asielprocedure in eerste aanleg én in beroepsaanleg is afgerond. Dit geeft de vreemdeling de kans om op een nuttige wijze de verwijderingsbeslissing aan te vechten, bespaart de Raad doelloze beroepen en vermindert de werklast. Op het niveau van de Raad ben ik voorstander om niet langer een strikte scheiding te hanteren maar, omwille van de eerder uiteengezette redenen van doeltreffende rechtsbescherming, rechtszekerheid en goede rechtsbedeling, de samenhang tussen een negatieve asielbeslissing, enerzijds, en een verwijderingsbeslissing, anderzijds, te aanvaarden. Bij het aanvaarden van de samenhang, dient er binnen het asielcontentieux meer aandacht te worden besteed aan mogelijke ‘protection gaps’ die zich kunnen voordoen.

Door het invoegen van niet-terugleiding of humanitaire clausules in de negatieve asielbeslissingen van het CGVS of in de arresten van de Raad bij wijze van *obiter dicta*, is er een versterkte aandacht voor ‘protection gaps’, die betrekking hebben op beschermingsnoden die binnen het asielcontentieux niet worden onderzocht maar die een invloed kunnen hebben op het nemen van een verwijderingsbeslissing en/of de gedwongen uitvoering ervan.

Het nemen van een verwijderingsbeslissing moet immers plaats hebben in het kader van artikelen 74/13, 74/14, 74/16, § 2 en 74/17 van de Vreemdelingenwet, zodat rekening moet worden gehouden met het hoger belang van het kind, het gezins- en familieleven, de gezondheidstoestand, de specifieke omstandigheden eigen aan de situatie, de specifieke noden van NBM's en de risico's op non-refoulement alsook technische uitzettingsbeletselen. In die zin, moeten eventuele besluitmoratoria die door het CGVS worden gehanteerd, eveneens worden gepubliceerd.

970. Voor wat betreft humanitaire verblijfsaanvragen, dient ook hier de samenhang tussen een negatieve humanitaire verblijfsbeslissing en een verwijderingsbeslissing te worden aanvaard, omwille van eerder uiteengezette redenen. In die zin pleit ik er voor om een verwijderingsbeslissing pas te nemen wanneer de humanitaire verblijfsaanvraag zowel in eerste aanleg als in beroepsprocedure werd afgesloten.

Om een opeenstapeling van herhaalde asiel- en/of humanitaire verblijfsaanvragen te voorkomen kan worden bepaald dat het indienen van een volgende asielaanvraag of humanitaire verblijfsaanvraag op basis van een zelfde rechtsgrond niet mogelijk is zolang de eerdere aanvraag in eerste aanleg wordt behandeld en de Raad zich nog niet heeft uitgesproken over het beroep tegen de beslissing inzake deze aanvraag. Of omgekeerd zou men kunnen bepalen dat bij het indienen van een nieuwe aanvraag op dezelfde rechtsgrond, de vreemdeling van rechtswege wordt geacht afstand te hebben gedaan van de eerdere aanvraag en/of het beroep dat werd ingesteld tegen een negatieve humanitaire verblijfsbeslissing inzake de eerdere aanvraag. (anti-carrousel bepaling)

---

<sup>2204</sup> Met dank aan de collega's op de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen voor de gemaakte opmerkingen en suggesties.

971. Voor wat betreft verwijderingsbeslissingen pleit ik er voor om niet langer vast te houden aan een gebonden bevoegdheid tot afgifte van een verwijderingsbeslissing. Er rust op de DVZ de verplichting om rekening te houden met hogere rechtsnormen, zoals weerspiegeld in artikel 74/13, 74/14, 74/16, § 2 en 74/17 van de Vreemdelingenwet waardoor de DVZ dus niet verstoken is van enige appreciatiebevoegdheid. Opdat de verplichting tot het voeren van een individueel onderzoek in het kader van artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet een nuttig effect kent, ben ik voorstander van een correcte toepassing van de hoorplicht, als algemeen beginsel van Unierecht en gewaarborgd door artikel 41 van het Handvest, zodat een vreemdeling naar behoren en daadwerkelijk zijn standpunt en eventuele uitzettingsbeletselen kenbaar kan maken. Dit garandeert niet enkel dat een verwijderingsbeslissing wordt genomen met een volledige kennis van zaken, maar houdt ook in dat de verwijderingsbeslissing naar behoren wordt gemotiveerd. Een adequate motivering maakt het mogelijk om de motieven te kennen die aan de grondslag van een verwijderingsbeslissing, zodat de vreemdeling kan oordelen of het nuttig is om een beroep in te stellen en hij zijn rechten kan verdedigen. Het stelt tevens de Raad in staat om de verwijderingsbeslissing op afdoende wijze op zijn rechtmatigheid te toetsen. Een verplichte vermelding in de verwijderingsbeslissing van het land waarnaar de terugkeerverplichting geldt en waarheen vreemdeling zal worden verwijderd, conform de rechtspraak van het EVRM<sup>2205</sup> en de bepalingen van de Terugkeerrichtlijn, draagt eveneens bij tot een daadwerkelijke rechtsbescherming en een efficiënter terugkeerbeleid. Voorts is een publicatie van eventuele vertrekmoratoria die door de DVZ worden gehanteerd, aangewezen.

972. Ik pleit er voor om de huidige praktijk van opeenvolgende verwijderingsbeslissingen te beëindigen.

Deze doelstelling kan worden bereikt door, na afwijzing van een asielaanvraag of een humanitaire verblijfsaanvraag in eerste aanleg, te wachten met de afgifte van een verwijderingsbeslissing tot de beroepstermijn is verstreken of de beroepsprocedure is afgehandeld.

Telkens een asielprocedure of humanitaire verblijfsprocedure volledig wordt doorlopen (zowel in eerste aanleg als in beroep), dient een nieuwe verwijderingsbeslissing te worden genomen zodat de verwijderingsbeslissing is gestoeld op de meest actuele toestand van de vreemdeling. De eerdere verwijderingsbeslissing komt vervolgens van rechtswege te vervallen, zodat een vreemdeling geen belang meer heeft bij het aanvechten van deze vroegere verwijderingsbeslissing. Een andere optie bestaat er in om slechts één verwijderingsbeslissing te nemen. Deze verwijderingsbeslissing wordt idealiter pas voor het eerst genomen wanneer alle lopende asiel- of humanitaire verblijfsaanvragen zowel in eerste aanleg als in de beroepsprocedure werden afgesloten.

Het nemen van een verwijderingsbeslissing nadat het beroep tegen een asiel- of humanitaire verblijfsaanvraag in beroep werd afgehandeld, kan er toe leiden dat een vreemdeling zich neerlegt bij een definitieve uitspraak over zijn verblijfsstatus en bijgevolg geen beroep meer zal indienen tegen de verwijderingsbeslissing. Dit is minder waarschijnlijk wanneer er een nog een mogelijkheid is dat een beslissing inzake zijn asielaanvraag of humanitaire verblijfsaanvraag wordt hervormd of vernietigd.

Bovendien wordt vermeden dat de Raad zich moet uitspreken over de rechtsgeldigheid van een verwijderingsbeslissing in het licht van hogere rechtsnormen en artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet, vooraleer in de verschillende asiel- en/of humanitaire verblijfsaanvragen reeds een definitieve beslissing is genomen.

---

<sup>2205</sup> EHRM 15 april 2014, nr. 43875/09, *Asalya v. Turkije*, par. 114 met verwijzing naar EHRM 11 oktober 2011, nr. 46390/10, *Auad v. Bulgarije*, par. 139.

Het zou evenwel nog efficiënter zijn indien de negatieve asielbeslissing of de negatieve humanitaire verblijfsbeslissing eveneens een verwijderingsbeslissing inhoudt, zodat de problematiek omtrent al dan niet samenhang zich niet meer stelt.

Voorts zou moeten worden bepaald dat indien een (tijdelijk/precair) verblijfsmachtiging of – recht wordt verworven, de bestaande verwijderingsbeslissing van rechtswege wordt ingetrokken of komt te vervallen.

973. Voor wat betreft de beroepen in het asiel- en humanitaire migratiecontentieux, moet een versterkte aandacht worden besteed aan de eenheid van rechtspraak m.b.t. het asiel en het humanitaire migratiecontentieux middels een arrest van de verenigde kamers of van de Algemene Vergadering van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen<sup>2206</sup>, een arrest van de Algemene Vergadering van de Raad van State of een arrest van de verenigde kamers van de Raad van State.<sup>2207</sup>

974. Een hervormingsberoep bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen dient open te staan voor *alle* beslissingen die betrekking hebben op aanvragen om internationale bescherming. Om daadwerkelijk te zijn in de zin van artikel 13 EVRM moet het beroep dat openstaat voor de persoon die een schending van artikel 3 EVRM aanklaagt, immers een “aandachtige”, “volledige” en “strikte” controle mogelijk maken van de situatie van de verzoeker door het bevoegde orgaan.<sup>2208</sup> Bovendien vereist artikel 46, lid 3, van de Procedurerichtlijn 2013<sup>2209</sup> voor elke beslissing inzake internationale bescherming een volledig en *ex nunc*-onderzoek van zowel de feitelijke als juridische gronden met inbegrip van, indien van toepassing, een onderzoek van de behoefte aan internationale bescherming overeenkomstig de Kwalificatierichtlijn 2011.<sup>2210</sup>

975. Ook de behandeling van annulatieberoepen bij de Raad moet gebeuren in overeenstemming met de vereisten die voortvloeien uit de rechtspraak van het EHRM. Van belang is bijgevolg dat tevens in annulatieberoepen een “aandachtige”, “volledige” en “strikte” controle plaats heeft van een grief op grond van artikel 3 EVRM en dat passend rechtsherstel wordt verleend. Daarbij moet worden benadrukt dat een *ex nunc* beoordeling van de feitelijke en juridische gronden en een annulatiebevoegdheid elkaar niet uitsluiten.<sup>2211</sup> Verder vereist een grief op grond van artikel 8 EVRM een reële rechterlijke tussenkomst waarbij een passend onderzoek plaats heeft naar de volledige en individuele omstandigheden van een bepaald geval, inclusief een onderzoek van de feitelijke omstandigheden waarop een verblijfsbeslissing is gebaseerd (bijvoorbeeld de nationale veiligheid)<sup>2212</sup>, maar ook een zorgvuldige analyse van de proportionaliteit van de verblijfsbeslissing of de verwijderingsmaatregel.<sup>2213</sup> De rechterlijke toetsing bij de Raad zou zich dus niet mogen beperken tot een zuiver formele toetsing van de verblijfsbeslissing.<sup>2214</sup>

---

<sup>2206</sup> Art. 39/11 en 39/12 Vreemdelingenwet.

<sup>2207</sup> Art. 92, § 2 van de gecoördineerde wetten van 12 januari 1997 op de Raad van State.

<sup>2208</sup> EHRM, 21 januari 2011, *M.S.S. t. België en Griekenland*, par. 387 en 389; en EHRM, 20 december 2011, *Yoh-Ekale Mwanje t. België*, par. 105 en 107 en GwH 16 januari 2014, nr. 1/2014, B.5.2.

<sup>2209</sup> Richtl. Parl. en Raad 2013/32/EU, 26 juni 2013, betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale bescherming (herschikking), *Pb.L.* 29 juni 2013, afl. 180, 60-95.

<sup>2210</sup> Richtl. Parl. en Raad nr. 2011/95/EU, 13 december 2011 inzake normen voor de erkenning van onderdanen van derde landen of staatlozen als personen die internationale bescherming genieten, voor een uniforme status voor vluchtelingen of voor personen die in aanmerking komen voor subsidiaire bescherming, en voor de inhoud van de verleende bescherming, *Pb.L.* 20 december 2011, afl. 337, 9.

<sup>2211</sup> EHRM 6 maart 2001, nr. 45276/99, *Hilal v. Verenigd Koninkrijk*, par. 75-78.

<sup>2212</sup> EHRM 2 september 2010, nr. 1537/08, *Kaushal e.a. v. Bulgarije*, par. 38.

<sup>2213</sup> EHRM 11 februari 2010, nr. 31465/08, *Raza v. Bulgarije*, par. 63.

<sup>2214</sup> EHRM 24 april 2008, nr. 1365/07, *C.G. e.a. v. Bulgarije*, par. 47.

976. Er wordt aan herinnerd dat het automatisch schorsend karakter van een beroep bepalend is voor de daadwerkelijkheid van het rechtsmiddel.<sup>2215</sup> Het automatisch schorsend karakter van het beroep garandeert een voorafgaand onderzoek naar de verdedigbaarheid van een grief vooraleer een verwijderingsbeslissing wordt uitgevoerd. Indien de grief verdedigbaar wordt geacht, waarborgt het automatisch schorsend beroep dat de vreemdeling gedurende de inhoudelijke beoordeling van deze verdedigbare grief niet wordt verwijderd. Afwijken van het automatisch schorsend karakter van het beroep, indien nodig geacht door wetgever, kan m.i. enkel in zeer uitzonderlijke en wel omkaderde gevallen en binnen het kader uiteengezet door de Procedurerichtlijn 2013<sup>2216</sup>, die evenwel conform de rechtspraak van het EHRM<sup>2217</sup> en het HvJ<sup>2218</sup> moet worden uitgelegd en toegepast.

977. Een vereenvoudiging en vermindering van het aantal versnelde procedures gepaard met een uniformering van de respectievelijke termijnen die aan deze versnelde procedures zijn gekoppeld, dringt zich op. Voorts benadruk ik dat het afwijken van termijnen en andere vormvereisten of procedureregels mogelijk is indien er bijzondere omstandigheden gelden die betrekking hebben op de individuele zaak en die een daadwerkelijke toegang tot de beroepsprocedure noodzakelijk maken opdat de inhoud van de grief kan worden onderzocht (zgn. Bahaddar-exceptie<sup>2219</sup>, bv. omwille van overmacht, gewijzigde omstandigheden, eventuele aanwijzingen van een kwetsbaar profiel of lid van een kwetsbare groep, of het vaststaande gegeven dat een vreemdeling door uitzetting het risico loopt op een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM waaraan de rechter niet aan kan voorbijgaan). Er moet derhalve worden nagegaan of het hanteren van korte termijnen en versnelde procedures redelijk en proportioneel zijn in het betrokken individueel geval.

Procedureregels worden verder best zoveel mogelijk beperkt zodat een beoordeling van de inhoud van de grief niet wordt belemmerd, wat een definitieve, snelle en efficiëntere geschillenbeslechting in de hand werkt.

978. Wat betreft de procedures bij uiterst dringende noodzakelijkheid, pleit ik er voor om een flexibele interpretatie te hanteren van de vereiste van ‘uiterst dringende noodzakelijkheid’, die niet enkel afhankelijk is van het bestaan van een dwangmaatregel, conform wat werd gesteld in het arrest *Josef*.<sup>2220</sup>

979. Een vereenvoudiging van de procedure voor het instellen van een vordering tot schorsing, al dan niet bij uiterst dringende noodzakelijkheid, dringt zich op, conform wat werd gesteld in het arrest *Josef*.<sup>2221</sup> Een mogelijke oplossing hiervoor is te breken met het huidige systeem waarbij de gewone vordering tot schorsing moet worden ingesteld in één en dezelfde akte als het beroep tot nietigverklaring.<sup>2222</sup> Bij de hervorming van 2014 van de wet op de Raad van State, werd de zogenaamde “enige akte” bij de Raad van State afgeschaft.<sup>2223</sup> Hierdoor is het mogelijk om eerst enkel een beroep tot nietigverklaring in te dienen, waarna

---

<sup>2215</sup> EHRM 11 oktober 2011, nr. 46390/09, *Auad v. Bulgarije*, par. 120.

<sup>2216</sup> Richtl. Parl. en Raad 2013/32/EU, 26 juni 2013, betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale bescherming (herschikking), *Pb.L.* 29 juni 2013, afl. 180, 60-95.

<sup>2217</sup> EHRM 6 juni 2013, nr. 2283/12, *Mohammed v. Oostenrijk*.

<sup>2218</sup> M. RENEMAN, “An EU Right to Interim Protection During Appeal Proceedings in Asylum Cases?”, *EJML* 2010, 407-434 en M. RENEMAN, *EU Asylum Procedures and the Right to an Effective Remedy*, Oxford, Hart Publishing, 2014, 428p.

<sup>2219</sup> EHRM 19 februari 1998, nr. 25894/94, *Bahaddar v. Nederland*, par. 45. Zie in deze zin ook HvJ 28 juli 2011, nr. C-69/10, *Diouf*, par. 68, waaruit blijkt dat bij het toepassen van versnelde procedure ook rekening moet worden gehouden met de omstandigheden in een bepaalde situatie.

<sup>2220</sup> EHRM 27 februari 2014, nr. 70055/10, *Josef v. België*.

<sup>2221</sup> EHRM 27 februari 2014, nr. 70055/10, *Josef v. België*, par. 101-108 en 153.

<sup>2222</sup> Art. 39/82, § 3, eerste lid, Vreemdelingenwet.

<sup>2223</sup> Zie gecoördineerde wetten van 12 januari 1997 op de Raad van State (hierna: RvS-wet), zoals gewijzigd door de wet van 20 januari 2014 houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en organisatie van de Raad van State, *BS* 3 februari 2014, *err. BS* 13 februari 2014.

op “elk moment” een vordering tot schorsing kan worden ingesteld.<sup>2224</sup> De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen zou dit systeem naar analogie kunnen overnemen. Het betekent dat een vreemdeling die eerder enkel een beroep tot nietigverklaring heeft ingediend, nadien een vordering tot schorsing kan instellen. De Raad is vervolgens bevoegd om bij arrest de schorsing te bevelen indien aan volgende dubbele voorwaarde is voldaan: (i) de zaak is te spoedeisend geworden voor een behandeling ervan in een beroep tot nietigverklaring en (ii) minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de bestreden beslissing *prima facie* kan verantwoorden.<sup>2225</sup> De vereiste van een “moeilijk te herstellen ernstig nadeel” wordt daardoor opgeslorpt door de eis van “spoedeisendheid”.<sup>2226</sup> Het is aan de vreemdeling om de feiten die het spoedeisend karakter van de vordering verantwoorden, in zijn verzoekschrift uiteen te zetten.

Naar analogie met de wet op de Raad van State zou verder ook kunnen worden voorzien dat in geval van een uiterst dringende noodzakelijkheid die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de vordering tot schorsing, de schorsing kan worden bevolen zelfs voordat een beroep tot nietigverklaring werd ingediend.<sup>2227</sup> Dit betekent dat de vordering bij uiterst dringende noodzakelijkheid te allen tijde kan worden ingesteld, ook buiten het beroep tot nietigverklaring om. De schorsing van de tenuitvoerlegging van een verwijderings- of verblijfsbeslissing kan dan enkel worden besloten onder volgende dubbele voorwaarde: (i) minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de beslissing *prima facie* kan verantwoorden en (ii) er is een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de vordering tot schorsing. In dit scenario slorpt, volgens de rechtsleer, de nood aan een “uiterst dringende noodzakelijkheid” de voorwaarde van “spoedeisendheid” op en is daaromtrent geen aparte uiteenzetting in het verzoekschrift vereist.<sup>2228</sup>

Van belang is dat deze vereenvoudiging van de procedure tot het bevelen van de schorsing van de tenuitvoerlegging van een verwijderings- of verblijfsbeslissing, voldoet aan wat het EHRM vraagt van België. De dubbele constructie van een beroep tot nietigverklaring met een gewone vordering tot schorsing, enerzijds, die vervolgens wordt geactiveerd door een verzoek om voorlopige maatregelen bij uiterst dringende noodzakelijkheid, anderzijds, wordt vermeden. Hoewel het beroep tot nietigverklaring zelf geen schorsende werking heeft, wordt in dit scenario de schorsing niet afhankelijk gesteld van een andere voorafgaandelijk ingesteld beroep. Integendeel, de schorsing kan worden ingesteld nadat het beroep tot nietigverklaring werd ingediend, indien de vreemdeling meent dat zijn zaak spoedeisend is geworden. Bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan de vordering tot schorsing zelfs worden ingesteld vooraleer het beroep tot nietigverklaring wordt ingediend. Essentieel is wel dat het instellen van een vordering tot schorsing, al dan niet in uiterst dringende noodzakelijkheid, van rechtswege schorsend is en dat de schorsende werking ervan blijft behouden totdat de Raad een volledig en strikt onderzoek heeft kunnen doorvoeren met betrekking tot de gegrondheid van het schorsingsverzoek, in het bijzonder wanneer dit is gegrond op artikelen 3 en 8 EVRM.

---

<sup>2224</sup> Zie in deze zin art. 17 RvS-wet, zoals vervangen door art. 6 van de wet van 20 januari 2014 houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en organisatie van de Raad van State, *BS* 3 februari 2014, *err.* *BS* 13 februari 2014.

<sup>2225</sup> Zie in deze zin art. 17, § 1 RvS-wet.

<sup>2226</sup> Voor een concrete invulling van de eis van “spoedeisendheid”, een nieuw begrip in het bestuursrecht, wordt gekeken naar de bestaande rechtspraak van de gewone kortegedingrechters. Zie hierover meer in G. DEBERSAQUES en F. EGGERMONT, “De hervorming van de Raad van State 2014: een eerste analyse van de voornaamste nieuwigheden”, *RW* 2013-2014, 1405-1406 en E. BREWAEYS, “Raad van State, Procesrechtelijke vernieuwingen – deel 1”, *NjW* 2014, 433.

<sup>2227</sup> Zie in deze zin art. 17, § 4 RvS-wet.

<sup>2228</sup> Zie hierover G. DEBERSAQUES en F. EGGERMONT, “De hervorming van de Raad van State 2014: een eerste analyse van de voornaamste nieuwigheden”, *RW* 2013-2014, 1405-1406 en E. BREWAEYS, “Raad van State, Procesrechtelijke vernieuwingen – deel 1”, *NjW* 2014, 435.





## **§ 2. Eén alomvattende humanitaire verblijfsprocedure als structurele oplossing**

980. Het pleidooi voor een vereenvoudiging en een betere efficiëntie van het Belgisch beleid t.a.v. humanitaire migratie kan ook worden vertaald in een meer structurele oplossing, met name een concreet voorstel voor één alomvattende humanitaire verblijfsprocedure die in werking treedt wanneer een aanvraag om internationale bescherming wordt ingediend. Deze procedure houdt in dat op een coherente, alomvattende en efficiënte wijze eventuele, verschillende beschermingsnoden worden nagegaan. Naast een onderzoek naar de nood aan internationale bescherming, worden verschillende bijkomende beschermingsnoden ambtshalve achtereenvolgens onderzocht en beoordeeld. Dit alomvattend onderzoek moet bij afwijzing leiden tot één meeromvattende beschikking inzake verblijf en verwijdering. De beschikking is meeromvattend omdat niet enkel uitspraak wordt gedaan over de nood aan internationale bescherming en de nood aan bijkomende bescherming maar ook over de mogelijkheid tot terugkeer. Er kan hierbij worden bepaald dat dit ambtshalve en alomvattend onderzoek enkel plaatsvindt voor zover impliciet dan wel expliciet aanwijzingen van een bijkomende beschermingsnood voorhanden zijn.

Hierbij moet worden verduidelijkt dat deze alomvattende humanitaire verblijfsprocedure apart moet worden gezien van verblijfsprocedures in het kader van volgmigratie of economische migratie. Dit houdt in dat deze humanitaire verblijfsprocedure zich niet uitstrekt tot die humanitaire aspecten die reeds in het kader van volgmigratie of economische migratie worden behandeld, zoals de verlenging van het verblijfsrecht voor slachtoffers van huiselijk geweld.<sup>2229</sup>

981. Men kan zich voorstellen dat er voor elk van de drie verschillende migratiekanalen, dit is economische migratie, volgmigratie en humanitaire migratie, aparte structuren worden opgezet die alle beleidsaspecten m.b.t. een bepaald migratiekanaal in één entiteit integreren. Zo zou voor economische migratie kunnen worden gedacht aan een Agentschap voor Economische Migratie, dat alle aspecten terzake bundelt, gaande van de gelijkstelling van buitenlandse diploma's, het arbeidsmarktbeleid, het bestrijden van zwartwerk en sociale dumping, en de afgifte van arbeidskaarten, beroepskaarten en verblijfskaarten, eventueel in de vorm van één geïntegreerde kaart naar het voorbeeld van de Europese blauwe kaart.

Wat betreft het humanitair migratiekanaal zijn momenteel twee afzonderlijke administraties betrokken in de verschillende onderzoeken naar uiteenlopende noden aan bescherming. Enerzijds is het Commissariaat-generaal voor de Vluchtelingen en de Staatlozen als enige centrale en onafhankelijke asielinstantie bevoegd om een asielaanvraag te onderzoeken. Anderzijds is de Dienst Vreemdelingenzaken bevoegd om de aanvragen om bijkomende bescherming, zoals medische of humanitaire regularisatie te onderzoeken. Indien er werk wordt gemaakt van één humanitaire verblijfsprocedure zou men er voor kunnen pleiten om het onderzoek naar een aanvraag om internationale bescherming, inclusief het ambtshalve onderzoek naar bijkomende beschermingsnoden, te laten uitvoeren door één instantie die het CGVS en de DVZ vervangt. In die zin kan worden gedacht aan een Agentschap voor Humanitaire Migratie, dat niet enkel alle aanvragen om internationale bescherming op een alomvattende en zelfs onafhankelijke wijze onderzoekt, maar dat tevens ook alle overige aspecten omtrent een beschermingsbeleid t.a.v. vreemdelingen behelst.<sup>2230</sup> Zo zouden Fedasil

---

<sup>2229</sup> Zie artikelen 11, § 2 en artikel 42quater, § 4, van de vreemdelingenwet.

<sup>2230</sup> Naar een idee van S. BOUCKAERT dat in een gesprek met de auteur werd ontwikkeld.

(d.i. het Federaal Agentschap voor de opvang van asielzoekers) en de dienst Voogdij van de FOD Justitie, dat instaat voor de identificatie, zorg en de organisatie van de voogdij van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen, eveneens deel kunnen uitmaken van dit omvattende Agentschap voor Humanitaire Migratie.

De vraag kan worden gesteld of dit Agentschap, net zoals het CGVS, onafhankelijk zou kunnen oordelen over beschermingsnoden. Heden wordt de onafhankelijkheid van het CGVS verantwoord vanuit het gegeven dat er op een neutrale en objectieve wijze over aanvragen om internationale bescherming, d.i. de vluchtelingenstatus en subsidiaire beschermingsstatus, moet worden geoordeeld, waarbij de erkenning van de internationale beschermingsstatus declaratief is naar de status toe ten aanzien van de toelating tot verblijf en vestiging.<sup>2231</sup> Het wettelijk kader waarin het CGVS momenteel werkt, garandeert dat er een onafhankelijk onderzoek plaats heeft van de omstandigheden van het individu en de omstandigheden in het land van herkomst of een derde land. Daardoor kan het onderzoek van de aanvragen om internationale bescherming niet politiek worden gestuurd, en spelen politieke overwegingen van buitenlands beleid dan wel binnenlands beleid niet mee.

Andere bijkomende beschermingsaspecten, zoals medische gronden, die op ambtshalve wijze zullen worden onderzocht in het kader van een humanitaire verblijfsprocedure, worden eerder gezien als immigratie-gerelateerd, ook al zijn ze soms gebaseerd op grieven inzake artikelen 3 en 8 EVRM. Er wordt in deze gevallen immers niet zozeer een 'status' verleend. Eerder wordt het in deze situaties op basis van een soevereine bevoegdheid opportuun geacht een verblijfsvergunning toe te kennen nadat wordt vastgesteld dat er een uitzettingsbeletsel bestaat waaraan geen 'status' is verbonden. Hier vindt dan eerder een beleidsvrijheid van de bevoegde minister *c.q.* staatssecretaris plaats, hetgeen tot uiting komt in het constitutieve karakter van de verblijfsbeslissingen ter zake. De idee dat dit Agentschap onafhankelijk kan oordelen over bijkomende beschermingsnoden zal mijns inziens op weinig politieke steun kunnen rekenen.

In de huidige stand van zaken lijkt de idee van een Agentschap voor Humanitaire Migratie dat alle bevoegdheden omtrent de bescherming van vreemdelingen verzamelt en bundelt, die momenteel over verschillende federale overheidsdiensten zijn verdeeld, en dat op onafhankelijke wijze zou kunnen oordelen over alle beschermingsaspecten die verbonden zijn met een ingediende aanvraag, dan ook weinig haalbaar en realistisch.

982. Men zou er voor kunnen pleiten om minder ambitieus te zijn en zich enkel te beperken tot een fusie van het CGVS met de DVZ waarbij wordt afgestapt van de idee van onafhankelijkheid. Buitenlandse voorbeelden zijn het UK Border Agency of de Nederlandse Immigratie- en Naturalisatiedienst. Nu een beroep kan worden aangetekend bij een onafhankelijk rechtscollege, met name de Raad, kan men argumenteren dat een onafhankelijke asielinstantie, met name het CGVS, niet langer meer nodig is.

Bovendien moet worden opgemerkt, dat ook al vertrekt men vanuit de premisse dat de situatie in het land van herkomst op onafhankelijke wijze werd beoordeeld door het CGVS, dit niet wegneemt dat het CGVS als instelling ook een beleid voert. De feitenvergaring door de eigen onderzoeksdienst Cedoca en de beoordeling van situaties in de land van herkomst of derde landen moet dan ook worden bekeken vanuit het beleidskader waarmee het inherent verbonden is.

Of het CGVS nu onafhankelijk is of niet, de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen is, in het licht van de vereisten van artikelen 13 en 3 EVRM, eveneens gehouden tot een nauwgezet en onafhankelijk onderzoek. Dit noodzaakt een nauwkeurige en kritische lezing en analyse van

---

<sup>2231</sup> S. BODART, *La protection internationale des réfugiés en Belgique*, Brussel, Bruylant, 2008, 55.

de primaire bronnen waarop de landenanalyses van het CGVS steunen. Het noopt eveneens tot een nuttig gebruik van de beperkte maar de facto onderzoeksmogelijkheden waarover de Raad reeds beschikt, overeenkomstig artikelen 39/76 en 39/62 van de vreemdelingenwet en artikel 14 Pr RvV. Dat de rechters van de Raad niet steeds beschikken over specialistische geografische kennis hoeft geen hinderpaal te vormen. Wanneer in eerste aanleg een beoordeling is gebeurd vanuit een specialistische geografische kennis dan heeft daadwerkelijke rechtsbescherming op het niveau van beroepsprocedures meer te winnen bij een grondige vorming en ervaring in het beoordelen van geloofwaardigheid, bv. door het stellen van vragen ter zitting, en bij een generalistisch perspectief dat stevig ingebed is in een grondige kennis van de concepten van het vluchtelingenrecht, het EU asielrecht en de grond- en mensenrechten.

Eventueel zou de onderzoeksbevoegdheid van de Raad kunnen worden aangevuld met een ruimere mogelijkheid om landenanalyses en andere cruciale informatie aan een volwaardig tegensprekelijk debat te onderwerpen. Idealiter worden zulke elementen aangebracht door de partijen of UNHCR, maar het zou daarnaast wettelijk mogelijk moeten zijn dat relevante (landen)informatie die beschikbaar en bekend is en die door de Raad nuttig wordt geacht, in het administratief dossier wordt gestoken en in aanmerking kan worden genomen voor de beslissing. Het is immers proceseconomischer de mogelijkheid te hebben om een administratief dossier met relevante informatie te laten aanvullen op basis waarvan een finale geschillenbeslechting kan plaats hebben, dan een beslissing te moeten vernietigen omdat essentiële elementen ontbreken waardoor de Raad de bestreden beslissing niet kan bevestigen of hervormen.

Mocht de onafhankelijkheid van het CGVS worden verlaten en het CGVS met de DVZ worden gefusioneerd tot één centrale beslissingsautoriteit, dan is een aanvullende onderzoeksbevoegdheid bij de Raad zeker nodig om een tegengewicht te bieden aan een eventuele vooringenomen beoordeling van een situatie in een land van herkomst of een derde land. Het is niet de bedoeling dat deze aanvullende onderzoeksbevoegdheid extreem of zeer ruim wordt ingevuld, bijvoorbeeld door rogatoire commissies naar herkomstlanden te sturen. Om een onafhankelijke beoordeling van een landensituatie te garanderen, lijkt op eerste gezicht wel de oprichting van een eigen onderzoeksdienst aangewezen. Dit houdt evenwel een verdubbeling in van het aantal onderzoeksdiensten en doet vragen rijzen naar efficiëntie, rationalisering en meerkosten.

983. Men kan opteren om het voorstel voor één humanitaire verblijfsprocedure in te bedden in de bestaande structuren, dit is de huidige context waarin beide administraties, met name het CGVS en DVZ, betrokken en werkzaam zijn. Deze optie betekent dat er een rol wordt behouden voor het CGVS als onafhankelijke asielinstantie. Het gegeven dat het CGVS deel uitmaakt van een humanitaire verblijfsprocedure waarin ook de DVZ een rol speelt, hoeft m.i. niet te leiden tot de vrees dat het CGVS niet langer als een onafhankelijke administratie kan functioneren. In deze optie is het dan immers de bedoeling om het CGVS voorrang te geven in het onderzoek van de aanvraag. Wanneer het CGVS zich negatief heeft uitgesproken over de internationale beschermings- en staatloosheidsaspecten van de aanvraag, dan gaat de verdere behandeling van de aanvraag over op de DVZ, die bijkomende beschermingsnoden en de mogelijkheid tot terugkeer beoordeelt. De beslissingen van het CGVS met betrekking tot aspecten van internationale bescherming alsook van staatsloosheid maken dan van rechtswege volledig onderdeel uit van een meeromvattende beschikking waardoor de onafhankelijkheid van het CGVS wordt gegarandeerd. Het inschakelen van het CGVS in een procedure waarin ook de DVZ een rol speelt, doet geen afbreuk aan deze onafhankelijkheid. De aanvraag wordt bijgevolg in één procedure, die uit verschillende fasen bestaat, onderzocht door zowel het CGVS als de DVZ.

Of men kan opteren om het voorstel voor één humanitaire verblijfsprocedure in te bedden in een nieuwe structuur, met name één centrale beslissingsautoriteit die ontstaat uit een fusie van het CGVS en de DVZ. Hierdoor worden onnodige complicaties en verdubbelingen vermeden en een grotere efficiëntie bewerkstelligd. Evenwel moet dan een aanvullende onderzoeksbevoegdheid aan de Raad worden toegekend.

Omwille van de leesbaarheid, wordt er voor gekozen om in de verdere uiteenzetting van het voorstel voor één alomvattende humanitaire verblijfsprocedure, het betrokken beslissingsnemend overheidsorgaan steeds aan te duiden met het neutrale woord “administratie”. De concrete invulling ervan verschilt dus naargelang men kiest voor de eerste optie (CGVS en DVZ) of de tweede optie (één centrale beslissingsautoriteit).

#### *A. Verhouding tussen één alomvattende humanitaire verblijfsprocedure en de Dublin III-verordening*

984. De voorgestelde humanitaire verblijfsprocedure doet geen afbreuk aan de toepassing van de Dublin III-verordening. Wanneer een aanvraag om internationale bescherming wordt ingediend zal in een vooronderzoek worden nagegaan of België dan wel een andere lidstaat van de Europese Unie verantwoordelijk is voor de behandeling van de asielaanvraag. Indien een andere lidstaat verantwoordelijk blijkt, dan zal de vreemdeling worden overgedragen aan de lidstaat. Het gegeven dat die lidstaat geen nationale bijkomende beschermingsstatuten kent, doet in beginsel geen afbreuk aan de overdracht. Op dit moment is de gemeenschappelijke en solidaire ruimte in het kader van het Gemeenschappelijk Europees Asielstelsel, waarvan de Dublin III-verordening een essentieel onderdeel uitmaakt, beperkt tot het beantwoorden van de nood aan internationale bescherming, zoals omschreven in de relevante EU-richtlijnen. De vluchtelingenstatus en de subsidiaire beschermingsstatus maken EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten uit. De Procedurerichtlijn 2013 voorziet in een procedure waarin beide beschermingsstatuten worden onderzocht. Buiten de EU-geharmoniseerde beschermingsmechanismen voor slachtoffers van mensenhandel en zwartwerk, die overigens geen deel uitmaken van het onderzoek zoals bepaald in de Procedurerichtlijn 2013, zijn er in het Unierecht geen andere EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten bekend. Zoals eerder vermeld is de wens om te voorzien in nationale bijkomende beschermingsstatuten een puur soevereine en legitieme bevoegdheid van de lidstaten. Evengoed soeverein is hun bevoegdheid om deze bijkomende beschermingsnoden ambtshalve te onderzoeken indien er geen sprake is van een nood aan internationale bescherming. Dit betekent concreet dat een vreemdeling in lidstaat x over meerdere mogelijkheden tot nationale bijkomende bescherming kan beschikken of dat er meerdere nationale bijkomende beschermingsnoden worden gedekt dan in lidstaat y. Het houdt een ongelijke bescherming in de EU in, wat een bijkomend argument is voor verdere EU-harmonisatie.

985. Niettemin, ondanks de huidige gebreken in de verdergaande EU-harmonisatie, moet er wel op worden gewezen dat de Dublin III-verordening in een aantal fundamentele waarborgen voorziet, die tegemoet kunnen komen aan eventuele bijkomende beschermingsnoden. In de bindende criteria die bepalen welke lidstaat verantwoordelijk is, wordt een rangorde voorzien waarbij de bescherming van het familie- en gezinsleven, de eenheid van het gezin en het belang van het kind voorop staan.<sup>2232</sup> Om vast te stellen wat het belang van het kind is, ook voor niet-begeleide minderjarigen, moet rekening worden

---

<sup>2232</sup> Art. 8-11 Verord. Parl. en Raad nr. 604/2013.

gehouden met in het bijzonder volgende factoren: (i) de mogelijkheden van gezinshereniging; (ii) het welzijn en de sociale ontwikkeling van het kind; (iii) veiligheidsoverwegingen, met name wanneer het kind slachtoffer is van mensenhandel; (iv) de standpunten van het kind, in overeenstemming met zijn leeftijd en maturiteit. Daarenboven moet rekening worden gehouden met afhankelijke en kwetsbare gezinsleden.<sup>2233</sup> Er is tenslotte ook een mogelijkheid voor lidstaten om andere lidstaten, die niet verantwoordelijk zijn, te verzoeken om een vreemdeling over te nemen teneinde familierelaties te verenigen in situaties die buiten de verantwoordelijkheidscriteria vallen.<sup>2234</sup> Bijkomende beschermingsnoden die eventueel gezinsgerelateerd zijn of verband houden met de kwetsbaarheid van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen, kunnen hierdoor deels worden gehonoreerd in België.

986. Wanneer het niet mogelijk is om een verzoeker over te dragen aan de lidstaat die in de eerste plaats als verantwoordelijke lidstaat is aangewezen omdat ernstig gevreesd moet worden dat de asielprocedure en de opvangvoorzieningen in die lidstaat systeemfouten bevatten die resulteren in onmenselijke of vernederende behandelingen in de zin van artikel 4 van het Handvest, dan moet de lidstaat die belast is met het bepalen van de verantwoordelijke lidstaat onderzoeken of een andere lidstaat verantwoordelijk is. Indien er geen andere lidstaat kan worden aangewezen, dan wordt de lidstaat die belast is met het bepalen van de verantwoordelijke lidstaat, de verantwoordelijke lidstaat.<sup>2235</sup> Voorts voorziet de Dublin III-verordening in voldoende flexibiliteit voor lidstaten om soeverein te beslissen over een aanvraag om internationale bescherming en af te wijken van de bindende verantwoordelijkheidscriteria.<sup>2236</sup>

987. Van belang is dat de Dublin III-verordening de lidstaten ertoe verplicht om vreemdelingen te informeren over de doelstelling van de verordening, de gehanteerde verantwoordelijkheidscriteria en de gevolgen ervan.<sup>2237</sup> Er dient tevens een persoonlijk onderhoud plaats te vinden waarin de vreemdeling in staat moet worden gesteld om informatie te geven, bv. over de aanwezigheid van de familierelaties in de lidstaten.<sup>2238</sup> Wat betreft de nodige medische zorgen, voorziet de verordening dat dit deel uitmaakt van de uitwisseling van relevante informatie tussen lidstaten die plaats moet hebben voor een overdracht wordt verricht. Met name bepaalt de verordening dat er medische informatie wordt uitgewisseld om ervoor te zorgen dat de bevoegde autoriteiten overeenkomstig het nationale recht in de verantwoordelijke lidstaat die persoon de juiste ondersteuning kunnen verlenen, zoals de onmiddellijke medische zorg die noodzakelijk is ter bescherming van de vitale belangen van die persoon.<sup>2239</sup> Voorts moet de overdragende lidstaat elke informatie verstrekken aan de verantwoordelijke lidstaat die essentieel is om de rechten van de over te dragen persoon te waarborgen en zijn onmiddellijke bijzondere behoeften te lenigen. In het bijzonder betreft het (i) welke onmiddellijke maatregelen er genomen moeten worden om ervoor te zorgen dat op gepaste wijze rekening wordt gehouden met de bijzondere behoeften van de over te dragen persoon, zoals de onmiddellijke medische zorg die noodzakelijk kan zijn; (ii) contactgegevens van familie; (iii) in het geval van minderjarigen, informatie over hun opleiding; (iv) een bepaling van de leeftijd van de verzoeker. Enkel om ervoor te zorgen dat de adequate medische verzorging of behandeling gegeven wordt aan met name personen met een handicap, ouderen, zwangere vrouwen, minderjarigen en personen die zijn blootgesteld aan foltering, verkrachting of andere ernstige vormen van psychologisch, fysiek of seksueel geweld, verstrekt de overdragende lidstaat aan de verantwoordelijke lidstaat informatie over

<sup>2233</sup> Art. 16 Verord. Parl. en Raad nr. 604/2013.

<sup>2234</sup> Art. 17 Verord. Parl. en Raad nr. 604/2013.

<sup>2235</sup> Art. 3, lid 2, Verord. Parl. en Raad nr. 604/2013.

<sup>2236</sup> Art. 17, lid 1, Verord. Parl. en Raad nr. 604/2013.

<sup>2237</sup> Art. 4 Verord. Parl. en Raad nr. 604/2013.

<sup>2238</sup> Art. 5 Verord. Parl. en Raad nr. 604/2013.

<sup>2239</sup> Art. 31, lid 1, Verord. Parl. en Raad nr. 604/2013.

eventuele bijzondere behoeften van de over te dragen persoon, die in specifieke gevallen ook informatie over de fysieke of mentale gezondheidstoestand van die persoon kan omvatten. Deze informatie wordt doorgegeven in een gemeenschappelijke gezondheidsverklaring met de nodige bijgevoegde stukken. De verantwoordelijke lidstaat zorgt ervoor dat goed in deze bijzondere behoeften wordt voorzien, met name als het gaat om essentiële medische zorg.<sup>2240</sup>

988. Deze verplichtingen tot een zo ruime mogelijke informatie-uitwisseling over de individuele situatie van een vreemdeling, met name zijn medische situatie en/of zijn bijzondere behoeften of kwetsbaarheden, is tevens een waarborg die toelaat na te gaan of de verantwoordelijke lidstaat in de mogelijkheid is om onmiddellijk de noodzakelijke medische zorg te verlenen alsook te voorzien in bijzondere behoeften. Op deze wijze kan worden beoordeeld of eventuele bijkomende beschermingsnoden ook in de verantwoordelijke lidstaat worden beantwoord. Zo niet, staat het de overdragende lidstaat vrij om af te wijken van de verantwoordelijkheidscriteria en de aanvraag om internationale bescherming zelf te behandelen op basis van de soevereiniteitsclausule.

989. Tenslotte kan de vreemdeling zijn overdracht aanvechten, bv. wanneer hij vreest in de ontvangende lidstaat slecht te worden behandeld of geen bescherming te kunnen verkrijgen. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de vreemdeling aantoont dat in zijn persoonlijk situatie er een reëel risico bestaat op een onmenselijke behandeling in strijd met artikel 3 EVRM, bv. omdat de vreemdeling ernstig ziek is en er geen adequate behandeling is in de lidstaat van overdracht.<sup>2241</sup> Evengoed kan de overdracht worden aangevochten omdat er niet voldoende rekening werd gehouden met familiale aspecten.<sup>2242</sup> De Dublin III-verordening vereist een daadwerkelijk rechtsmiddel tegen het overdrachtsbesluit ten aanzien van de feiten en het recht.<sup>2243</sup> Overweging 19 van de Dublin III-verordening verduidelijkt verder dat dit rechtsmiddel zowel betrekking heeft op de toepassing van de verordening als op de juridische en feitelijke situatie in de verantwoordelijke lidstaat.

### **B. Structuur van de humanitaire verblijfsprocedure**

990. In de eerste fase van de behandeling van de aanvraag wordt *ex nunc*, nagegaan of er een nood is aan internationale bescherming. Indien daartoe aanwijzingen zijn, wordt eveneens onderzocht of de aanvrager in aanmerking komt voor de erkenning van staatloosheid. Tenslotte moet tijdens de eerste fase van de behandeling van de aanvraag worden nagegaan of er aanwijzingen zijn die duiden op andere beschermingsnoden. De aanwezige expertise, de onderlegde dossierbehandelaars en het recht op een persoonlijk onderhoud zijn hier van groot belang voor het verdere goede verloop van de humanitaire verblijfsprocedure. In de voorgestelde humanitaire verblijfsprocedure moet er dus ruimte zijn om andere beschermingsnoden te kunnen signaleren. Deze ruimte kan worden versterkt indien aan een raadsman, een juridisch adviseur of personen uit organisaties of groepen die specifieke rechtsbijstand aan vreemdelingen verlenen, de mogelijkheid wordt verschaft om de vreemdeling actief bij te staan tijdens een voorafgaand gehoor.

991. In een tweede fase van de behandeling van de aanvraag, vindt, indien daartoe aanwijzingen bestaan, een ambtshalve onderzoek plaats naar andere bijkomende

---

<sup>2240</sup> Art. 32 Verord. Parl. en Raad nr. 604/2013.

<sup>2241</sup> RvV 11 december 2012, nr. 93.286.

<sup>2242</sup> RvV 18 januari 2013, nr. 95.345.

<sup>2243</sup> Art. 27 Verord. Parl. en Raad nr. 604/2013.

beschermingsnood. Voor een goede efficiëntie en rechtsbescherming is het van belang dat dit ambtshalve onderzoek steeds *ex nunc* plaatsvindt.

992. In een derde fase dient de terugkeer van de vreemdeling, wiens aanvraag wordt afgewezen, te worden voorbereid. Dit houdt in dat men rekening moet houden met mogelijke beletselen die de terugkeerverplichting van de vreemdelingen verhinderen. Ik pleit ervoor om het naleven van de verplichtingen die volgen uit artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet, maar ook uit artikel 74/16, § 2, met betrekking tot NBM's, of artikel 74/14 met betrekking tot specifieke omstandigheden eigen aan de situatie en artikel 74/17 inzake non-refoulement en technische uitzettingsbeletselen, niet te beperken tot het moment van de verwijdering zelf. Net zoals BATTJES elders argumenteert<sup>2244</sup>, ontnemt zulke stelling het nuttig effect aan deze bepalingen die de omzetting vormen van artikelen 5, 9 en 10 van de Terugkeerrichtlijn.<sup>2245</sup> Hij stelt dat het om meerdere redenen veel aannemelijker is dat geen strikt onderscheid tussen verschillende fasen (terugkeerbesluit, periode voor vrijwillig vertrek, periode daarna en de verwijdering zelf) wordt gemaakt. Vertaald naar de Belgische situatie betekent dit dat artikelen 74/13, 74/16, 74/14 en 74/17 van de Vreemdelingenwet ook van toepassing kunnen zijn op het nemen van een terugkeerbesluit. BATTJES steunt zich hiervoor op de rechtspraak van het Hof van Justitie in *Sagor*, waar juist de samenhang tussen een terugkeerbesluit (d.i. een verwijderingsbeslissing) en de verwijdering werd benadrukt door te stellen dat de artikelen 6 tot en met 8 (terugkeerbesluit en verwijdering) van de Terugkeerrichtlijn “*integraal [moeten] worden nageleefd*”, en wanneer een terugkeerbesluit is genomen, de lidstaat gehouden is tot een “*zo spoedig mogelijke verwijdering*.”<sup>2246</sup> BATTJES meent dat de verplichting tot “integrale naleving” ook artikelen 9 en 10 van de Terugkeerrichtlijn omvat. Artikelen 9 en 10 van de Terugkeerrichtlijn geven immers handen en voeten aan artikel 5, volgens welke de lidstaten “*bij de tenuitvoerlegging van deze richtlijn*” rekening moeten houden met de belangen van het kind, het gezins- en familieleven en de gezondheidstoestand van de vreemdeling.<sup>2247</sup>

### C. *Verblijfsrechtelijke gevolgen bij het indienen van een aanvraag en bij afronding van de procedure*

993. Een vreemdeling die een eerste aanvraag indient, beschikt conform artikel 9 van de Procedurerichtlijn 2013 over een rechtmatig verblijf tijdens het onderzoek van zijn aanvraag tot op het moment waarop een beslissing over zijn aanvraag wordt genomen. Dit rechtmatig verblijf houdt in dat de vreemdeling een voorlopige toestemming heeft om op het Belgische grondgebied te blijven en derhalve tegen gedwongen verwijdering is beschermd. Gedurende het rechtmatig verblijf heeft de vreemdeling eveneens het recht en de toegang tot materiële opvangvoorzieningen. Hierdoor is een vereenvoudiging van de Opvangwet ook mogelijk en dient niet meer te worden voorzien in de mogelijkheid tot verlenging van de materiële opvang.

994. Indien tijdens het onderzoek een nood aan internationale bescherming wordt vastgesteld, dan wordt de betrokken vreemdeling van rechtswege tot verblijf toegelaten, zoals nu ook het geval is. Wordt tijdens het onderzoek door een bijkomende beschermingsnood vastgesteld, waarvan de criteria hieronder verder worden omschreven, dan wordt een machtiging tot verblijf verleend, wat heden ook het geval is.

---

<sup>2244</sup> ABRvS 14 augustus 2013, 201202249/1/V4, JV 2013/356, noot H. BATTJES.

<sup>2245</sup> HvJ 6 december 2012, C-340/11, *Sagor*, par. 36, 39 en 43.

<sup>2246</sup> HvJ 6 december 2012, C-340/11, *Sagor*, par. 36, 39 en 43.

<sup>2247</sup> ABRvS 14 augustus 2013, 201202249/1/V4, JV 2013/356, noot H. BATTJES.

Een uniformiteit of gelijkstelling van de verschillende verblijfsstatuten, dit zijn verblijfsrechten en verblijfsmachtigingen, wordt hier niet vooropgesteld, noch wordt voorgesteld om een gelijke duur van verblijf toe te kennen. In het licht van een vereenvoudiging van het humanitaire migratiekanaal is een dergelijke uniformisering wel een na te streven doel. Het veronderstelt echter voorafgaand een eensgezindheid over de vraag of er in het geval van beschermingsnood, ongeacht welke nood wordt beantwoord, er steeds sprake is van een verblijfsrecht, wat m.i. weinig realistisch lijkt. Niettemin, het behouden van verschillende verblijfsstatuten met verschillende verblijfsduren kan m.i. nog steeds worden verantwoord vanuit het gegeven dat er uiteenlopende beschermingsnood worden verantwoord en dat afhankelijk van de aard en de tijdelijkheid van de beschermingsnood het in bepaalde gevallen niet onredelijk is om in eerste instantie een beperkte verblijfsduur toe te kennen. Indien de beschermingsnood blijft gelden na afloop van de beperkte verblijfsduur, dan moet een wettelijke mogelijkheid bestaan om in een meer duurzaam verblijf te voorzien.

995. Wanneer geen nood aan internationale bescherming of erkenning van de staatloosheid noch een bijkomende beschermingsnood wordt vastgesteld, dan wordt een geheel afwijzende meeromvattende beschikking genomen die, desgevallend, tevens een terugkeerbesluit is. Deze geheel afwijzende meeromvattende beschikking zal bijgevolg uit verschillende onderdelen bestaan. De beschikking is verder meeromvattend omdat meerdere rechtsgevolgen in werking treden. Niet alleen heeft de betrokken vreemdeling in beginsel geen rechtmatig verblijf meer, maar hij kan ook niet langer aanspraak maken op materiële opvangvoorzieningen en zal uit eigen beweging (zelfstandig) aan zijn terugkeerverplichting binnen de 30 dagen moeten voldoen, tenzij hij een beroep bij de Raad indient (zie infra). In welbepaalde gevallen kan worden vastgesteld dat er gelegenheid is tot een verlenging van de vrijwillige vertrektermijn of dat een voorgenomen verwijdering tijdelijk achterwege blijft, waardoor de vreemdeling terugvalt op een rechtmatig verblijf en toegang heeft tot materiële opvangvoorzieningen.

Het is niet de bedoeling dat er tijdens of na de afwijzing van de aanvraag nog apart een bevel om het grondgebied te verlaten wordt genomen. De geheel afwijzende meeromvattende beschikking waarmee ook het rechtmatig verblijf wordt beëindigd en die een terugkeerverplichting inhoudt, is dan tevens een terugkeerbesluit in de zin van de Terugkeerrichtlijn.<sup>2248</sup> Dit betekent een aanzienlijke administratieve vereenvoudiging. Het uitgangspunt is dat er maar één keer een terugkeerbesluit met een bijhorende vertrektermijn wordt opgelegd, ook al worden er daarna herhaalde aanvragen ingediend. Om effectieve rechtsbescherming te waarborgen is het aangewezen dat de geheel afwijzende meeromvattende beschikking aanduidt ten aanzien van welk land de terugkeerverplichting geldt. De geheel afwijzende meeromvattende beschikking kan vervolgens, naar Nederlands voorbeeld, leiden tot gedwongen verwijdering indien de vreemdeling niet binnen de 30 dagen uit eigen beweging aan de terugkeerverplichting voldoet. De gedwongen verwijdering is dan van rechtswege het gevolg van het niet verlenen van een verblijfsvergunning en het eindigen van een rechtmatig verblijf.

996. Wanneer geen nood aan internationale bescherming of erkenning van staatloosheid wordt vastgesteld, maar ambtshalve een verblijfsmachtiging wordt verleend omwille van een bijkomende beschermingsnood, dan wordt er een gedeeltelijk afwijzende meeromvattende beschikking genomen.

---

<sup>2248</sup> Zie art. 3.4. Richtl. 2008/115/EU.



#### D. Eerste fase: onderzoek naar de nood aan internationale bescherming

##### a.) De nood aan internationale bescherming.

997. De aanvraag dient in eerste instantie te worden onderzocht als een aanvraag om internationale bescherming.

In deze fase wordt nagegaan of de verzoeker in aanmerking komt voor een EU-geharmoniseerd beschermingsstatuut, meer bepaald de vluchtelingenstatus of de subsidiaire beschermingsstatus. De reden hiervoor ligt in de primauteit van het VN-Vluchtelingenverdrag, d.i. artikel 48/3 van de Vreemdelingenwet, dat op deze wijze binnen de voorgestelde humanitaire verblijfsprocedure blijft gewaarborgd. Vervolgens dient de aanvraag om internationale bescherming te worden onderzocht in het licht van een eventuele nood aan subsidiaire bescherming, zoals omschreven in artikel 48/4 van de Vreemdelingenwet.

Dit betekent dat eerst wordt nagegaan of er bepaalde beschermingsnoden gelden die verband houden met situaties in het land van herkomst, de zgn. externe bescherming. Het onderzoek beperkt zich evenwel tot die situaties in het land van herkomst die aanleiding kunnen geven tot wat in het Unierecht wordt aangeduid als “internationale bescherming”.

Binnen het kader van één alomvattende humanitaire verblijfsprocedure is het m.i. nog steeds mogelijk om te werken met versnelde procedures, bv. voor herhaalde aanvragen of voor aanvragen van verzoekers uit een veilig land van herkomst of een EU lidstaat of wanneer een aanvraag enkel tot doel heeft om de uitvoering van een eerdere of van een op handen zijnde beslissing die tot verwijdering zou leiden, uit te stellen of te verijdelen. Voorts is ook mogelijk om niet-ontvankelijkheidsbeslissingen te nemen t.a.v. herhaalde aanvragen, t.a.v. aanvragen afkomstig van verzoekers die internationale bescherming genieten in een EU lidstaat, of aanvragen van verzoekers afkomstig uit een eerste land van asiel of een veilig derde land.

998. Belangrijk is dat ook binnen deze humanitaire verblijfsprocedure steeds wordt voorzien in een persoonlijk onderhoud. Dit onderhoud, of gehoor, wordt afgenomen door een dossierbehandelaar, met de nodige expertise en garanties.<sup>2249</sup>

Vandaag gebeurt de behandeling van asielaanvragen door het CGVS dat een onafhankelijke administratie is. Het CGVS is de centrale asielinstantie en is sinds 1 juni 2007 als enige instantie bevoegd voor het onderzoek van asielaanvragen. Het CGVS beschikt over hooggeschoolde dossierbehandelaars (zgn. ‘*protection officers*’) die conform de EU-vereisten onderlegd zijn in de internationale mensenrechten, het internationaal vluchtelingenrecht en het EU-asielacquis alsook in interviewtechnieken.<sup>2250</sup> Hiertoe werd binnen het CGVS een kennis- en leercentrum opgericht dat aan de ambtenaren een basisopleiding en voortgezette vorming geeft betreffende onder meer de toepassing van het Verdrag van Genève van 28 juli 1951 betreffende het statuut van de vluchtelingen en de Conventies betreffende de rechten van de mens, die België binden evenals de andere beschermingsgronden die in de wet zijn voorzien. Hiertoe behoort een opleiding met betrekking tot het verhoren van asielzoekers en interculturele communicatie, evenals basisinformatie over de specifieke behoeften van de

---

<sup>2249</sup> Art. 12-18 KB 11 juli 2003 tot regeling van de werking van en de rechtspleging voor het Commissariaat-generaal voor de Vluchtelingen en de Staatlozen.

<sup>2250</sup> Art. 2, eerste lid, KB 11 juli 2003 tot regeling van de werking van en de rechtspleging voor het Commissariaat-generaal voor de Vluchtelingen en de Staatlozen.

kwetsbare groepen.<sup>2251</sup> De dossierbehandelaars van het CGVS zijn gehouden de aanvragen op individuele, objectieve en onpartijdige wijze te onderzoeken.<sup>2252</sup> De dossierbehandelaars die belast zijn met het gehoor van een minderjarige asielzoeker moeten over de vereiste kennis met betrekking tot de bijzondere noden van minderjarigen beschikken.<sup>2253</sup>

Indien men opteert op de voorgestelde alomvattende humanitaire verblijfsprocedure in te bedden in een nieuwe structuur met één centrale beslissingsautoriteit, dan is het van belang dat deze opgebouwde expertise en garanties blijven gelden.

999. In het kader van de voorgestelde humanitaire verblijfsprocedure heeft een eerste intake plaats, dit is een gehoor dat niet enkel peilt naar eventuele noden om internationale bescherming, maar ook naar andere elementen die van belang kunnen zijn die de (verdere) behandeling van de aanvraag, bv. aan de hand van een gestandaardiseerde vragenlijst die peilt naar andere beschermingsnoden. Met de omzetting van de Procedurerichtlijn 2013 in gedachten en met name de identificatieplicht van personen die nood hebben aan bijzondere procedurele garanties<sup>2254</sup>, wordt in de eerste plaats gedacht aan een gehoor dat peilt naar de eventuele kwetsbare omstandigheden waarin aanvragers zich kunnen bevinden. Deze kwetsbare omstandigheden kunnen verband houden met de leeftijd, het geslacht, de seksuele gerichtheid, de genderidentiteit, de handicap, een ernstige ziekte of psychische aandoeningen van de aanvragers, alsook met elementen die het gevolg zijn van foltering, verkrachting of andere ernstige vormen van psychologisch, fysiek of seksueel geweld. Wat betreft niet-begeleide minderjarigen is het van belang dat tijdens het gehoor ook wordt nagegaan of er elementen zijn die in een latere fase van de humanitaire verblijfsprocedure kunnen bijdragen tot het bepalen van een duurzame oplossing, met name gezinshereniging, terugkeer naar het land van herkomst met garanties op adequate opvang en verzorging, naargelang zijn leeftijd en zijn graad van zelfstandigheid, hetzij door zijn ouders of andere volwassenen die voor hem zullen zorgen, hetzij door overheidsinstanties of niet-gouvernementele instanties, hetzij een machtiging tot verblijf in België. Het gehoor kan voorts ook worden aangewend om na te gaan of er elementen zijn die wijzen op de mogelijkheid dat de aanvrager het slachtoffer is van mensenhandel of verzwaarde vormen van mensensmokkel. Tenslotte kan het gehoor ook reeds peilen naar eventuele andere uitzettingsbeletselen, zoals staatloosheid, administratieve en technische redenen (bv. onvoldoende identificatie, onmogelijkheid om reis- of identiteitsdocumenten te verkrijgen of het ontbreken van vervoersmogelijkheden), het belang van het kind (bv. schoolgaande kinderen), het familie- en gezinsleven en de fysieke of mentale gezondheidstoestand van de aanvrager. Zoals eerder vermeld, moet ruimte worden voorzien tijdens het gehoor zodat de vreemdeling zelf, en best bijgestaan door een raadsman, juridisch adviseur of personen uit organisaties of groepen die specifieke rechtsbijstand verlenen aan vreemdelingen, opmerkingen en elementen m.b.t. eventuele bijkomende beschermingsnoden naar voren kan brengen. Het is dan ook belangrijk dat de vreemdeling op voorhand goed wordt ingelicht over het opzet en doel van de humanitaire verblijfsprocedure en de verschillende beschermingsnoden die hij kan laten gelden. Al de beschermingselementen die tijdens een gehoor naar boven komen, worden genoteerd in het gehoorverslag.

1000. Nadat deze intake heeft plaatsgevonden, wordt in eerste orde een onderzoek gevoerd naar de nood aan internationale bescherming. Omdat België een ruime opvatting hanteert van het VN-Vluchtelingenverdrag en de criteria voor subsidiaire bescherming, lijkt een uitbreiding naar nationale beschermingsgronden in het kader van het onderzoek naar de nood om

---

<sup>2251</sup> Art. 3, § 2, KB 11 juli 2003 tot regeling van de werking van en de rechtspleging voor het Commissariaat-generaal voor de Vluchtelingen en de Staatlozen.

<sup>2252</sup> Art. 4, § 2, KB 11 juli 2003 tot regeling van de werking van en de rechtspleging voor het Commissariaat-generaal voor de Vluchtelingen en de Staatlozen.

<sup>2253</sup> Art. 2, tweede lid, KB 11 juli 2003 tot regeling van de werking van en de rechtspleging voor het Commissariaat-generaal voor de Vluchtelingen en de Staatlozen.

<sup>2254</sup> Art. 24 Richtl. 2013/32/EU.

bescherming omwille van redenen die verband houden met omstandigheden in het land van herkomst, niet aangewezen. Niets weerhoudt de Belgische wetgever evenwel, indien hij daartoe een behoefte voelt, om nationale bijkomende beschermingsstatuten te creëren voor die situaties in het land van herkomst die momenteel niet worden beantwoord door de EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten inzake internationale bescherming, zoals bv. een nood aan bescherming omwille van een humanitaire ramp of omwille van een natuurramp.

1001. Wel lijkt het in het kader van de voorgestelde humanitaire verblijfsprocedure aangewezen om gebruik te maken van besluitmoratoria en vertrekmoratoria, zoals deze in Nederland worden gehanteerd. Momenteel worden interne beleidsmaatregelen, zoals het schorsen van de behandeling van asioldossiers, enerzijds, en de schorsing of verlenging van de datum van uitvoering van bevel om het grondgebied te verlaten voor afgewezen asielzoekers, anderzijds, die een zekere bescherming bieden tot duidelijkheid is verkregen over een gewijzigde, kritieke of volatiele situatie in het land van herkomst.

Dit interne beleid zou kunnen worden geformaliseerd door te werken met officieel bekendgemaakte besluitmoratoria waardoor in bijzondere omstandigheden gedurende een bepaalde periode geen beslissing wordt genomen over asielaanvragen uit een bepaald land van herkomst waarvan naar verwachting voor een korte periode onzekerheid bestaat. Officieel bekendgemaakte vertrekmoratoria houden dan weer in dat tijdens de duur van het vertrekmoratorium van aanvragers niet langer wordt verwacht dat zij zelfstandig terugkeren en zullen zij ook niet worden uitgezet. Gedurende de periode waarin een besluit- of vertrekmoratorium van kracht is, beschikken de betrokken vreemdelingen over een rechtmatig verblijf en hebben ze recht op opvangvoorzieningen en steun. Deze besluit- en vertrekmoratoria zouden maximum maar één jaar gelden. Indien de bezorgdheid om de situatie in het land van herkomst langer aanhoudt, moeten de aanvragen ten gronde worden behandeld aangezien de onzekerheid niet meer langer voor een “korte periode” geldt. Het formaliseren en officialiseren van een intern beleid leidt zo tot transparantie en rechtszekerheid t.a.v. alle actoren, inclusief de vreemdeling en de administratie die belast is met het terugkeer- en verwijderingsbeleid. Er kan dan ook een lans worden gebroken voor een officiële bekendmaking van het gehanteerde landgebonden asielbeleid.

1002. Omdat de aanvraag eerst wordt getoetst aan artikelen 48/3 en 48/4 van de Vreemdelingenwet, d.i. de criteria voor vluchtelingenstatus en subsidiaire beschermingsstatus, dienen een aantal fundamentele beginsel en procedurele waarborgen, conform het EU-asielacquis<sup>2255</sup>, te worden nageleefd die onderdeel uitmaken van een recht op een individuele behandeling van de aanvraag op basis van een deugdelijk onderzoek.

1003. Indien er geen nood aan internationale bescherming wordt vastgesteld, dan kan op basis van het gehoor een verdere *prima facie* globale beoordeling worden gemaakt van de bijkomende beschermingselementen die naar voren werden geschoven tijdens het gehoor. Deze bijkomende beschermingselementen kunnen aanleiding geven tot een zgn. humanitaire clause waarbij de aandacht wordt gevestigd op elementen die ambtshalve aanleiding geven tot een verdere behandeling van de aanvraag in de humanitaire verblijfsprocedure. Daarnaast moet er een mogelijkheid worden voorzien om een advies te formuleren m.b.t. de niet-terugleiding van aanvragers die, al dan niet *post facto*, worden uitgesloten van internationale bescherming, dus zowel van de vluchtelingenstatus als van de subsidiaire beschermingsstatus,

---

<sup>2255</sup> Hiermee wordt bedoeld op de fundamentele beginselen en procedurele waarborgen zoals voorzien in Richtl. 2005/85/EG van de Raad van 1 december 2005 betreffende minimumnormen voor de procedures in de lidstaten voor de toekenning of intrekking van de vluchtelingenstatus, *Pb.L.* 13 december 2005, afl. 326, 13 en Richtl. 2013/32/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale bescherming (herschikking), *Pb.L.* 29 juni 2013, afl. 180, 60-95.

als m.b.t. de niet-terugleiding van aanvragers die omwille van redenen van openbare orde geen toegang krijgen tot de asielprocedure. Voorts lijkt het ook aangewezen dat men, in de mate van het mogelijke, ten aanzien van aanvragers die geen reëel zicht bieden op hun profiel, hun regio van herkomst, hun nationaliteit(en) en eerdere verblijfplaatsen in andere landen en de eventuele problemen die daaruit voortvloeien waardoor een onderzoek naar de nood om internationale bescherming niet mogelijk wordt gemaakt, zich toch uitspreekt over de mogelijkheid tot of eventuele risico's van een terugkeer naar het voorgehouden land van herkomst zonder dat dit leidt tot de toekenning van een internationale beschermingsstatus.

1004. Het CGVS produceert en maakt gebruik van nauwkeurige en actuele informatie, verzameld uit verschillende bronnen, over de algemene situatie in het land van herkomst en doorreis. Binnen het CGVS werd hiertoe een interne documentatie- en researchdienst opgericht ter ondersteuning van de behandeling van de asielaanvragen, genaamd Cedoca. Binnen de voorgestelde humanitaire verblijfsprocedure lijkt het aangewezen dat Cedoca blijft behouden en dat Cedoca zich niet enkel beperkt tot het produceren van informatie m.b.t. landen van herkomst in het kader van de internationale bescherming, maar overgaat tot een ruimere informatieverschaffing. Zo zou, indien nodig, Cedoca informatie verschaffen over de beschikbaarheid en toegankelijkheid van een benodigde medische behandeling in het land van herkomst. Cedoca kan in dezelfde zin ook informatie verschaffen die kan worden gebruikt bij het onderzoek naar staatloosheid, naar een duurzame oplossing van een NBM of andere uitzettingsbeletselen, zoals identificatieproblemen of gebrek aan vervoer. Dit voorstel grijpt terug naar de idee van een centralisatie van de informatie en de risicobeoordeling met betrekking tot landen van herkomst, reeds gelanceerd door VANHEULE.<sup>2256</sup>

#### b.) De erkenning van de staatloosheid

1005. Zoals in het UNHCR-rapport "*Mapping Statelessness in Belgium*" wordt opgemerkt, is momenteel niet de uitvoerende dan wel de rechterlijke macht in België bevoegd om staatloosheid vast te stellen.<sup>2257</sup>

Vreemdelingen die hun staatloosheid willen laten erkennen, moeten daarom bij een rechtbank van eerste aanleg een verzoek indienen. De rechtbanken van eerste aanleg zijn immers bevoegd voor de vorderingen over de staat van een persoon, waar het al dan niet bezitten van een nationaliteit toe behoort. Een eventueel beroep kan door een van de vijf Hoven van Beroep worden behandeld. Kandidaat-staatlozen hebben toegang tot deze procedure ongeacht hun migratiestatus in het land.

Concreet houdt dit in dat een kandidaat-staatloze bij verzoekschrift een procedure tot erkenning van staatloosheid moet opstarten bij de bevoegde rechtbank van eerste aanleg. De bewijslast rust in beginsel bij de kandidaat-staatloze die moet bewijzen dat hij zijn nationaliteit heeft verloren of nooit in het bezit is geweest van een nationaliteit. Zo wordt verwacht van de kandidaat-staatloze dat hij contact opneemt met de ambassades van de landen waarmee hij een band heeft (waar hij geboren is, waar hij verbleven heeft of waarvan zijn ouders de nationaliteit hadden) en een schriftelijke bevestiging vraagt van het al dan niet recht hebben op de nationaliteit van dat land. Indien het niet mogelijk is om een schriftelijke bevestiging te krijgen, moeten feiten worden voorgelegd die de feitelijke weigering van een nationaliteit bewijzen.

Daarnaast moeten de nationaliteitswetgevingen worden opgevraagd van de landen waarmee de vreemdeling een band heeft (waar hij geboren is, waar hij verbleven heeft of waarvan zijn

---

<sup>2256</sup> D. VANHEULE, "Internationale bescherming in de Vreemdelingenwet: asiel en meer", in M.-C. FOLETS, D. VANHEULE en M. MAES, *Migratie- en migrantenrecht deel 14, Dertig jaar vreemdelingenrecht*, Brugge, die Keure, 2011, 452.

<sup>2257</sup> UNHCR, *Mapping Statelessness in Belgium – summary report*, Brussel, oktober 2012, 89.

ouders de nationaliteit hebben of hadden). Op basis daarvan dient aangetoond te worden dat de vreemdeling hetzij nooit de nationaliteit heeft gehad, hetzij de nationaliteit van zijn land heeft verloren, zonder de mogelijkheid ze te herkrijgen.

De rechtbank van eerste aanleg zal het Openbaar Ministerie om advies vragen. Uit de studie van UNHCR blijkt dat het Openbaar Ministerie op zijn beurt weer systematisch het advies van de DVZ en het CGVS opvraagt. De studie toont ook aan dat de procedure tot erkenning over het algemeen lang duurt en dat de verzoeken tot erkenning als staatloze door het Openbaar Ministerie niet snel lijken te worden behandeld.<sup>2258</sup> In tegenstelling tot asielzoekers krijgen kandidaat-staatlozen voor de duur van de procedure geen tijdelijk verblijfsrecht.

1006. De erkenning van staatloosheid heeft een louter declaratief karakter.<sup>2259</sup> Eens de staatloosheid wordt erkend, leidt dit evenwel niet tot een automatisch verblijfsrecht. Omdat de uitoefening van vele rechten afhangt van het verkrijgen van een verblijfsvergunning, moet apart van de erkenning van staatloosheid vervolgens een verblijfsprocedure worden opgestart. De praktijk wijst uit dat vele erkende staatlozen een regularisatieprocedure op grond van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet instellen. Zoals eerder werd vermeld, bestaan er geen wettelijk vastgelegde criteria op basis waarvan een vreemdeling kan worden geregulariseerd. Het regulariseren van een illegaal verblijf behoort daardoor tot de ruime discretionaire bevoegdheid van de DVZ en de bevoegde minister of staatssecretaris. Het UNHCR-rapport merkt op dat vele staatlozen zich verplicht zien *“om asiel aan te vragen, een verzoek tot erkenning als staatloze in te dienen en/of hun verblijf te regulariseren en daarvoor lange procedures te voeren die soms vele jaren aanslepen. Het duurt lang voor iemand uiteindelijk een hopelijk zinvolle status en een duurzame oplossing krijgt. Deze procedures kosten zowel het betrokken individu als de overheid heel wat middelen (...)”*.<sup>2260</sup>

1007. Zowel in 2008 als in 2011 engageerde de Belgische regering zich ertoe om te voorzien in een speciale procedure voor de erkenning van staatloosheid, waarvoor het CGVS bevoegd zou worden.<sup>2261</sup> Tot nu toe heeft het CGVS geen enkele bevoegdheid om staatloosheid te erkennen. Het UNHCR-rapport merkt correct op dat de rol van het CGVS op het vlak van staatloosheid beperkt blijft tot het afleveren van documenten van de burgerlijke stand aan erkende staatlozen die deze papieren op geen andere manier kunnen verkrijgen (geboorte- of huwelijksakten, attest van staatloze) wanneer zij een positieve beslissing van de Rechtbank van Eerste Aanleg kunnen voorleggen die hun staatloosheid erkent.<sup>2262</sup>

Volgens het UNHCR-rapport bestaan er, ondanks het voornemen in de regeerakkoorden, uiteenlopende meningen over welke overheidsdiensten in de toekomst bevoegd moeten worden voor de erkenning van staatloosheid, hetzij in eerste aanleg hetzij in beroep.<sup>2263</sup> Meer specifiek rijst de vraag, indien het CGVS bevoegd wordt gemaakt voor de erkenning van staatloosheid, of geschillen m.b.t. de beslissing van het CGVS moeten worden beslecht voor een gewone rechtbank of niet. *“Uitmaken of de vaststelling van staatloosheid de betrokkene in staat stelt om een burgerlijk dan wel een politiek recht uit te oefenen, is van doorslaggevend belang in de beroepsfase”*, aldus het UNHCR-rapport. Kunnen geschillen m.b.t. de beslissingen van het CGVS inzake staatloosheid aan de rechterlijke macht worden onttrokken en worden toevertrouwd aan een administratief rechtscollege, met name de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen? Deze Raad is nu immers reeds bevoegd voor de

---

<sup>2258</sup> UNHCR, *Mapping Statelessness in Belgium – summary report*, Brussel, oktober 2012, 90.

<sup>2259</sup> D. VANHEULE, *Vluchtelingen. Een overzicht*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 309.

<sup>2260</sup> UNHCR, *Mapping Statelessness in Belgium – summary report*, Brussel, oktober 2012, 90.

<sup>2261</sup> Zie het federaal regeerakkoord van 18 maart 2008: [http://www.fedweb.belgium.be/nl/binaries/regeerakkoord180308\\_tcm120-14855.pdf](http://www.fedweb.belgium.be/nl/binaries/regeerakkoord180308_tcm120-14855.pdf). Zie ook het federaal regeerakkoord van 1 december 2011: [http://www.premier.be/sites/all/themes/custom/tcustom/Files/Regeerakkoord\\_1\\_december\\_2011.pdf](http://www.premier.be/sites/all/themes/custom/tcustom/Files/Regeerakkoord_1_december_2011.pdf).

<sup>2262</sup> UNHCR, *Mapping Statelessness in Belgium – summary report*, Brussel, oktober 2012, 91.

<sup>2263</sup> UNHCR, *Mapping Statelessness in Belgium – summary report*, Brussel, oktober 2012, 91-92.

behandeling van beroepen tegen beslissingen van het CGVS over de erkenning van internationale bescherming, d.i. de vluchtelingenstatus en de subsidiaire beschermingsstatus.

1008. Een eerste mening geeft, volgens het UNHCR-rapport, aan dat de erkenning van staatloosheid het best in handen komt te liggen van het CGVS dat over de nodige expertise beschikt met betrekking tot de landen van herkomst. Deze landenexpertise en de expertise over de “zeer specifieke en vaak complexe problematiek van staatloosheid” ontbreekt nu bij de rechtbanken van eerste aanleg. Daarenboven garandeert de toewijzing van deze bevoegdheid aan één centrale beslissing een meer consistente interpretatie, wat voor meer duidelijkheid en rechtszekerheid zal zorgen. Momenteel zorgt de bevoegdheid bij de 27 rechtbanken van eerste aanleg ervoor dat de definitie van staatloosheid op verschillende wijze wordt geïnterpreteerd en dat er verschillende bewijsmaatstaven worden gehanteerd.

1009. Een tweede mening argumenteert, volgens het UNHCR-rapport, dat er grondwettelijke bezwaren zijn tegen het voorstel om het CGVS bevoegd te maken voor de erkenning van staatloosheid. Daarbij verwijst men naar de artikelen 144 en 145 van de Belgische grondwet die bepalen dat waar geschillen over burgerlijke rechten bij uitsluiting tot de bevoegdheid van de rechtbanken behoren, er voor geschillen over politieke rechten bij de wet gestelde uitzonderingen mogelijk zijn. Deze tweede mening stelt dat de erkenning van staatloosheid te maken heeft met iemands nationaliteit en persoonlijke staat, zodat de materie van staatloosheid eerder met burgerlijke rechten dan politieke rechten te maken heeft. Geschillen over burgerlijke rechten kunnen volgens de Grondwet niet het voorwerp uitmaken van een bij wet toegestane uitzondering. Aangezien de erkenning van staatloosheid met iemands nationaliteit en persoonlijke staat te maken heeft, zijn de aanhangers van deze visie van mening dat deze materie niet zozeer politieke dan wel burgerlijke rechten betreft.

1010. In 1997 oordeelde het Arbitragehof m.b.t. het overdragen van de beslechting ten gronde van de erkenning van de vluchtelingenstatus aan de Vaste Beroepscommissie, een administratief rechtscollege, op basis van een materieel criterium, dat: *“Wanneer een overheid van de Staat uitspraak doet over een aanvraag tot het verkrijgen van de hoedanigheid van vluchteling, met de gevolgen die aan die beslissing verbonden zijn ten aanzien van de toelating tot verblijf en vestiging, treedt die overheid op in uitoefening van een functie die in een dergelijke verhouding staat tot de prerogatieven van het openbaar gezag van de Staat, dat zij zich buiten de werkingssfeer bevindt van de gedingen van burgerlijke aard in de zin van artikel 144 van de Grondwet. Daaruit volgt dat een betwisting omtrent de hoedanigheid van vluchteling, een betwisting omtrent een politiek recht is.”*<sup>2264</sup>

Het Arbitragehof oordeelde dat het bijgevolg toegestaan was om contentieux betreffende een dergelijk politiek recht toe te vertrouwen aan een administratief rechtscollege, d.i. de voormalige Vaste Beroepscommissie, dat terzake over een volle rechtsmacht (d.i. hervormingsbevoegdheid) beschikt en dat is opgericht in toepassing van artikel 146 van de Grondwet.

VANHEULE, BOUCKAERT en FOLETS betogen dat het Arbitragehof sterk de nadruk legde op de consequenties op het vlak van het verblijfsrecht van een erkenning van de vluchtelingenstatus, waardoor het privé- en sociaalrechtelijk belang van een erkenning, dat voortvloeit uit het VN-Vluchtelingenverdrag, naar de achtergrond verschoof.<sup>2265</sup>

---

<sup>2264</sup> Arbitragehof 18 maart 1997, nr. 14/97, B.5 – B.6.

<sup>2265</sup> D. VANHEULE, S. BOUCKAERT en M.-C. FOLETS, “Grondrechten van vreemdelingen: de toepassing van artikel 191 van de Grondwet door het Arbitragehof”, in A. ALEN (ed.), *20 jaar Aribtragehof*, Mechelen, Kluwer, 2005, p. 112.

1011. De tweede mening argumenteert, volgens het UNHCR-rapport, dat aangezien er geen automatisch verblijfsrecht wordt verbonden aan de erkenning van staatloosheid, dezelfde redenering niet kan worden toegepast in het kader van staatloosheid.<sup>2266</sup> Deze argumentatie gaat m.i. voorbij aan het gegeven dat de erkenning van de vluchtelingenstatus in het kader van het VN-Vluchtelingenverdrag eveneens geen aanleiding geeft tot een automatisch verblijfsrecht, zoals in Deel 1 reeds werd uiteengezet. Het verblijfsrecht dat wordt gekoppeld aan de erkenning van de vluchtelingenstatus vloeit enkel voort uit het gegeven dat de Belgische Staat in zijn soevereiniteit en prerogatief van openbaar gezag hiervoor heeft gekozen, hetzij oorspronkelijk in de nationale wetgeving, hetzij later door goedkeuring van het Unierecht. Voorts gaat deze argumentatie voorbij aan het doel van het voornemen om het CGVS bevoegd te maken voor de erkenning van staatloosheid. Het kernelement van dit voornemen is immers dat de erkenning van de status van staatloze in principe tot gevolg heeft dat een (tijdelijke) verblijfsvergunning wordt afgegeven.

Het UNHCR-rapport merkt terecht op dat rekening moet worden gehouden met het feit dat artikelen 144 en 145 van de Grondwet enkel betrekking hebben op geschillen en de bevoegdheidsverdeling tussen rechtbanken van de rechterlijke macht en andere rechtscolleges. Volgens het UNHCR-rapport argumenteert het CGVS dan ook dat de onzekerheid over de aard van het recht om als staatloze te worden erkend, geen obstakel mag zijn om een administratieve overheid bevoegd te maken voor de erkenning van staatloosheid in eerste aanleg.<sup>2267</sup>

Het probleem situeert zich dus voornamelijk op het niveau van de beroepsinstanties.

1012. Een benadering die de verblijfsrechtelijke consequenties van een erkenning van staatloosheid vooropstelt, kan mogelijk een uitweg bieden. Deze benadering gaat er derhalve van uit dat wanneer de administratie uitspraak doet over een aanvraag tot de erkenning van staatloosheid, en de gevolgen die aan die beslissing verbonden zijn ten aanzien van de toelating tot verblijf en vestiging, deze administratie optreedt in uitoefening van een functie die in een dergelijke verhouding staat tot de prerogatieven van het openbaar gezag van de Staat, dat het zich buiten de werkingssfeer bevindt van de gedingen van burgerlijke aard in de zin van artikel 144 van de Grondwet. Daaruit dient te volgen dat een betwisting omtrent de erkenning van staatloosheid, een betwisting omtrent een politiek recht is.

1013. Steun kan daarvoor worden gevonden in twee arresten van het Grondwettelijk Hof. In een eerste arrest van 2009 diende het Grondwettelijk Hof zich uit te spreken over het verschil in behandeling dat wordt ingevoerd door artikel 49 van de Vreemdelingenwet tussen de vreemdeling wiens hoedanigheid van vluchteling is erkend en die hierdoor wordt toegelaten tot het verblijf of tot de vestiging in het Rijk, en de staatloze die, doordat hij niet door die bepaling wordt beoogd, uit zijn erkenning in die hoedanigheid niet het recht kan afleiden om tot het verblijf of de vestiging in het Rijk te worden toegelaten.<sup>2268</sup> Het toekennen van een verblijfsrecht geeft immers toegang tot het recht op maatschappelijke integratie.

1014. Het Grondwettelijk Hof wees erop dat de situatie van de staatlozen in het internationaal recht wordt geregeld door het Verdrag van New York betreffende de status van staatlozen van 28 september 1954, goedgekeurd bij de wet van 12 mei 1960 en die van de vluchtelingen wordt geregeld door het Verdrag van Genève van 28 juli 1951 betreffende de status van vluchtelingen, goedgekeurd bij de wet van 26 juni 1953. Van belang is de vaststelling door het Grondwettelijk Hof dat deze twee verdragen socio-economische bepalingen bevatten waarvan

---

<sup>2266</sup> UNHCR, *Mapping Statelessness in Belgium – full report*, Brussel, oktober 2012, 61.

<sup>2267</sup> UNHCR, *Mapping Statelessness in Belgium – full report*, Brussel, oktober 2012, 61.

<sup>2268</sup> GwH 17 december 2009, nr. 198/2006, B.5 – B.8.

de draagwijdte in verschillende opzichten vergelijkbaar is. Het Grondwettelijk Hof voegde eraan toe dat geen van beide verdragen aan de daarin beoogde personen het recht toekent om te verblijven op het grondgebied van de Staat die hen als vluchteling of als staatloze erkent. Het Hof stelt vast dat de erkende staatlozen en de erkende vluchtelingen zich aldus in grotendeels vergelijkbare situaties bevinden, niet alleen rekening houdend met de voorschriften van die bepalingen, maar ook met het feit dat aan de overheid, door hun de hoedanigheid van, al naar gelang het geval, staatloze of vluchteling toe te kennen, plichten worden opgelegd ten aanzien van de betrokkenen. Het Grondwettelijk Hof stelde vervolgens: *“Wanneer is vastgesteld dat de staatloze deze hoedanigheid heeft verkregen omdat hij buiten zijn wil zijn nationaliteit heeft verloren en dat hij aantoonst dat hij geen wettige en duurzame verblijfstitel kan verkrijgen in een andere Staat waarmee hij banden zou hebben, kan de situatie waarin hij zich bevindt op discriminerende wijze afbreuk doen aan zijn grondrechten.”* Hieruit vloeit voort dat, wat het verblijfsrecht betreft, het verschil in behandeling tussen de staatloze die zich in een dergelijke situatie op het Belgisch grondgebied bevindt en de erkende vluchteling, niet redelijk verantwoord is. Het Hof benadrukte evenwel dat die discriminatie niet voortvloeit uit artikel 49 van de Vreemdelingenwet, dat alleen betrekking heeft op de in België erkende vluchtelingen, maar uit de ontstentenis van een wettelijke bepaling die aan de in België erkende staatlozen een verblijfsrecht toekent dat vergelijkbaar is met datgene wat die vluchtelingen genieten.

1015. Het Hof kwam tot dezelfde conclusie in zijn arrest van 2012 m.b.t de toegang van een erkende staatloze tot het recht op gezinsbijslag. In duidelijke bewoordingen stelde het Hof dat de Vreemdelingenwet zelf niet in overeenstemming is met artikelen 10 en 11 van de Grondwet waar deze niet voorziet in een bepaling die soortgelijk is aan artikel 49, waardoor de voormelde staatlozen een verblijfsrecht zouden hebben dat vergelijkbaar is met datgene wat de vluchtelingen genieten. Het Hof merkt op dat de wetgever die leemte nog steeds niet heeft verholpen. De wetgever moet aldus de voorwaarden bepalen onder dewelke bepaalde categorieën van staatlozen in België een verblijfsdocument kunnen krijgen.<sup>2269</sup>

1016. Belangrijk in deze twee arresten is dus de stelling dat erkende staatlozen en de erkende vluchtelingen zich aldus in grotendeels vergelijkbare situaties bevinden en dat geen van beide betrokken verdragen aan de daarin beoogde personen het recht toekent om te verblijven op het grondgebied van de Staat die hen als vluchteling of als staatloze erkent. De discriminatie tussen erkende staatlozen en erkende vluchtelingen vloeit voort uit de ontstentenis van een wettelijke bepaling die aan de in België erkende staatlozen een verblijfsrecht toekent dat vergelijkbaar is met datgene wat die vluchtelingen genieten. Dit wil zeggen dat voor een procedure tot erkenning van staatloosheid die wordt gekoppeld aan een automatisch verblijfsrecht dat op zijn beurt weer toegang geeft tot socio-economische rechten, de gevolgen die aan een beslissing tot erkenning van staatloosheid verbonden zijn ten aanzien van de toelating tot verblijf en vestiging, m.i. voldoende doorslaggevend zijn om te besluiten dat er sprake is van de uitoefening van een politiek recht.

1017. Zulke benadering houdt dan ook in dat betwistingen omtrent de erkenning van staatloosheid, gezien de verblijfsrechtelijke gevolgen ervan, kunnen worden voorgelegd aan de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen. Momenteel is de Raad als enig rechtscollege bevoegd om kennis te nemen van de beroepen die worden ingesteld tegen individuele beslissingen genomen met toepassing van de wetten betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering.

---

<sup>2269</sup> GwH 11 januari 2012, nr. 1/2012, B.1 – B.13.



Tot nu toe luidt de rechtspraak van de Raad: *“Het probleem van het bewijs van de nationaliteit van de asielzoeker stoot echter op moeilijkheden zowel in rechte als in feite waarmee rekening dient te worden gehouden in de redenering die wordt gevolgd. Enerzijds bepaalt artikel 144 van de Grondwet dat geschillen over burgerlijke rechten bij uitsluiting tot de bevoegdheden van de hoven en rechtbanken behoren en anderzijds bepaalt 145 van de Grondwet dat geschillen over politieke rechten tot de bevoegdheid van de rechtbanken behoren, behoudens de bij de wet gestelde uitzonderingen. De Raad heeft bijgevolg geen rechtsmacht om kennis te nemen van geschillen die betrekking hebben op burgerlijke rechten of om kennis te nemen van geschillen die betrekking hebben op politieke rechten die de wetgever hem niet uitdrukkelijk heeft toegewezen. Aangezien de geschillen betrekking hebben op een nationaliteit van een persoon die niet een door de wetgever aan de hoven en rechtbanken onttrokken politiek recht tot voorwerp hebben, heeft de Raad geen rechtsmacht om de nationaliteit van de asielzoeker te bepalen, noch om te beslissen welke nationaliteit deze bezit, of hij er meerdere heeft dan wel of hij staatloze is.”*<sup>2270</sup>

1018. In de vooropgestelde benadering zal het geschil evenwel niet draaien om het bewijs van nationaliteit maar wel om de toekenning van het verblijfsrecht waaraan de erkenning van staatloosheid aan voorafgaat, net zoals de bepaling van de hoedanigheid van vluchteling voorafgaat aan de toekenning van het daarmee verbonden verblijfsrecht. Er zou kunnen worden geargumenteed dat op basis van het materieel criterium, m.n. de verblijfsrechtelijke gevolgen van de erkenning van staatloosheid waardoor de administratie optreedt in uitoefening van een functie die deel uitmaakt van de prerogatieven van het openbaar gezag van de Staat, een politiek recht wordt vastgesteld dat behoort tot het verblijfscontentieux van de Raad.

Voor een optimale rechtsbescherming zullen zowel de administratie en de Raad zich moeten bekwamen in de nationaliteitswetgeving en de praktijk in de landen van herkomst.

---

<sup>2270</sup> RvV 24 juni 2010, nr. 45.395.

E. Tweede fase: Ambtshalve onderzoek naar bijkomende beschermingsnoden die aanleiding kunnen geven tot een verblijfsstatus

1019. Wanneer is geoordeeld dat de aanvraag geen aanleiding geeft tot internationale bescherming of de erkenning van de staatloosheid, dan toetst men de aanvraag vervolgens ambtshalve op een aantal andere bijkomende beschermingsnoden. Deze ambtshalve toetsing vindt plaats indien er aanwijzingen over een nood aan bijkomende bescherming zijn, bijvoorbeeld omdat de verklaringen van de vreemdeling daartoe aanleiding geven of indien de aandacht werd gevestigd op bepaalde elementen die tijdens het persoonlijk onderhoud en indien tijdens het onderzoek naar internationale bescherming elementen zijn opgedoken die van belang zijn om te worden meegenomen in dit ambtshalve onderzoek. In het kader van dit ambtshalve onderzoek zou een mogelijkheid moeten worden voorzien om een nader gehoor te organiseren indien de beschikbare aanwijzingen over een nood aan bijkomende bescherming niet tot een rechtstreekse afwijzing van de aanvraag leiden. Zoals reeds vermeld is het voor een goede efficiëntie en voor de rechtsbescherming aangewezen dat dit ambtshalve onderzoek steeds *ex nunc* plaatsvindt. Door de mogelijkheid om rekening te houden met nieuwe feiten en omstandigheden, vermijdt men het doorprocederen of het indienen van herhaalde aanvragen.

Het komt de Belgische wetgever toe, indien hij kiest voor het opzet van een humanitaire verblijfsprocedure, om te bepalen welke bijkomende beschermingsnoden aanleiding kunnen geven tot een ambtshalve onderzoek en welke gevolgen hieraan worden verbonden. Hij kan ervoor kiezen om de huidige bijkomende beschermingsstatuten en -praktijken te behouden, dan wel ervoor kiezen om deze te wijzigen, te laten vervallen, aan te vullen of te vervangen door andere.

Dit proefschrift kiest ervoor om een voorstel uit te werken dat vertrekt vanuit die bijkomende beschermingsgronden die momenteel in de Belgische Vreemdelingenwet worden beantwoord en desgevallend aan te vullen.

a.) Niet-begeleide minderjarige vreemdelingen

1020. Wat betreft niet-begeleide minderjarige vreemdelingen dient, na afwijzing van hun vraag om internationale bescherming, ambtshalve en zo spoedig mogelijk een onderzoek te worden gevoerd naar een duurzame oplossing die aan individuele situatie van de betrokken minderjarige is aangepast. Deze duurzame oplossing kan bestaan uit (i) ofwel een gezinshereniging in het land waar de ouders zich legaal bevinden; (ii) ofwel de terugkeer naar het land van herkomst of naar het land waar de NBM gemachtigd of toegelaten is tot verblijf, met garanties op een adequate opvang en verzorging, naargelang zijn leeftijd en zijn graad van zelfstandigheid, hetzij door zijn ouders of andere volwassenen die voor hem zullen zorgen, hetzij door overheidsinstanties of niet-gouvernementele instanties; (iii) ofwel de machtiging tot verblijf in België.

Het gegeven dat er sprake is van een vreemdeling die niet begeleid en minderjarig is, vormt een voldoende aanwijzing om dit ambtshalve onderzoek te voeren. De duurzame oplossing wordt bepaald overeenkomstig de verblijfsprocedure die reeds is neergelegd in artikelen 61/14 tot en met 61/25 van de Belgische Vreemdelingenwet. Relevante elementen die tijdens het eerste gehoor naar boven zijn gekomen kunnen daarin worden meegenomen, zonder afbreuk te doen aan een tweede gespecialiseerd gehoor.

Het ambtshalve onderzoek naar een duurzame oplossing zou voorrang moeten hebben op een eventueel mogelijk ambtshalve onderzoek, indien er aanwijzingen zijn, naar het slachtoffer zijn van mensenhandel of zwaardere vormen van mensensmokkel of naar medische gronden. Slachtoffer zijn van mensenhandel of mensensmokkel of het gevaar daarop, alsook medische gronden, zijn m.i. elementen die samen met de vrijwaring van de eenheid van het gezin en het hoger belang van het kind moeten worden afgewogen in het bepalen van een duurzame oplossing. Evenwel, in die gevallen waarin een gezinshereniging mogelijk is of een duurzame oplossing voorhanden is in het land van herkomst, maar er gevaar dreigt voor mensenhandel of mensensmokkel of wanneer er sprake is van medische gronden, dan dient de aanvraag van de NBM in een verdere fase ambtshalve te worden onderzocht in het licht van deze elementen.

Indien de duurzame oplossing bestaat in het toekennen van een verblijf in België dan is vereist dat deze oplossing daadwerkelijk duurzaam is in de zin dat, ook nadat de meerderjarigheid is bereikt, deze oplossing blijft behouden zodat de betrokken minderjarige daadwerkelijk en nuttig een levensproject in België kan starten én uitbouwen.

#### b.) Slachtoffers van mensenhandel of van zwaardere vormen van mensensmokkel

1021. Indien daartoe aanwijzingen bestaan, wordt voorts ambtshalve nagegaan of de betrokken vreemdeling in aanmerking komt voor een verblijfsstatus als slachtoffer van mensenhandel of als slachtoffer van zwaardere vormen van mensensmokkel. Indien er elementen zijn die daar op wijzen, kan de aanvraag ambtshalve verder worden onderzocht overeenkomstig de verblijfsprocedure zoals neergelegd in artikelen 61/2 tot en met 61/5 Vreemdelingenwet.

In de praktijk is het reeds zo dat wanneer het CGVS aanwijzingen heeft dat de asielzoeker een slachtoffer is van mensenhandel of zwaardere vormen van mensensmokkel, de asielzoeker wordt verwezen naar de bevoegde instanties. De asielzoeker wordt niet uitgesloten van de asielprocedure. De behandeling van zijn aanvraag om internationale bescherming vindt nog steeds plaats aangezien hij eventueel in aanmerking zou kunnen komen voor de vluchtelingenstatus (bv. door de toepassing van het begrip 'sociale groep') of voor subsidiaire beschermingsstatus wanneer er geen nationale bescherming voorhanden is in zijn land van herkomst tegen de mensenhandelaars of -smokkelaars.<sup>2271</sup> De richtlijn 2004/81 bepaalt dat het geen afbreuk doet aan de bescherming die overeenkomstig het internationale vluchtelingenrecht wordt verleend aan vluchtelingen, rechthebbenden op subsidiaire bescherming en aanvragers van internationale bescherming.<sup>2272</sup> Eén humanitaire verblijfsprocedure garandeert dan ook dat eerst de nood aan internationale bescherming wordt onderzocht zonder dat daarbij een vreemdeling die slachtoffer is van mensenhandel of zwaardere vormen van mensensmokkel of een asielzoeker die gebruik heeft gemaakt van mensensmokkelaars meteen worden verwezen naar een specifieke verblijfsprocedure en verblijfsstatus.

#### c.) Medische gronden

1022. Wanneer medische elementen tijdens het gehoor zijn opgemerkt of aangehaald, dan heeft een ambtshalve onderzoek plaats waarbij wordt nagegaan of er sprake is van ziekte zoals bepaald in artikel 9<sup>ter</sup> van de Vreemdelingenwet, met name een ziekte die een reëel risico inhoudt voor het leven of de fysieke integriteit of een reëel risico inhoudt op een onmenselijke

---

<sup>2271</sup> Zie het interview met de Commissaris-generaal op 19 oktober 2009, vermeld in M. MAES, M.-C. FOLETS en D. VANHEULE, *EU and non-EU Harmonised Protection Statuses in Belgium*, Brussel, Belgian National Contact Point to the European Migration Network, December 2009 (summary update May 2011), 59. Zie ook J. BHABHA en C. ALFIREV, "The identification and referral of trafficked persons to procedures for determining international protection needs", UNHCR report October 2009, 54p.

<sup>2272</sup> Overweging nr. 4 preamble Richtl. 2004/81/EG.

of vernederende behandeling wanneer er geen adequate behandeling is in het land van herkomst of het land van verblijf.

Het onderzoek kan gevoerd worden overeenkomstig het bepaalde in artikel 9ter van de Vreemdelingenwet. Aangezien de aanvraag van de vreemdeling nog niet in behandeling is en hij gedurende de behandeling van de aanvraag niet kan worden verwijderd, stelt zich de vraag of er echter nog nood is om ontvankelijkheidsgronden en een ontvankelijkheidsfase tout court te voorzien. Als enige vereiste zou kunnen gelden dat de vreemdeling per aangetekend schrijven een standaard medisch getuigschrift ingevuld door een behandelende arts dient over te maken binnen een welbepaalde korte periode, bv. één maand. De identiteitsvoorwaarde (d.i. bewijs van identiteit) die momenteel in artikel 9ter van de Vreemdelingenwet wordt gesteld, dient in een humanitaire verblijfsprocedure niet langer te worden gehandhaafd. Ook nu geldt er immers een vrijstelling van de identificatieplicht voor vreemdelingen wier asielaanvraag nog in behandeling is. Niettemin, net zoals bij het onderzoek naar de nood aan internationale bescherming waarin de vreemdeling, binnen zijn samenwerkingsplicht met de bevoegde asielinstantie, zijn nationaliteit en identiteit zal moeten aantonen om een onderzoek mogelijk te maken, kan ook hier van de vreemdeling worden verwacht dat hij met alle mogelijke middelen zijn identiteit en nationaliteit laat vaststellen, waardoor een onderzoek naar de aanwezigheid van een adequate behandeling in het land van herkomst mogelijk wordt gemaakt.

Omdat medische omstandigheden reeds kunnen worden onderkend tijdens het eerste gehoor, dient een parallelle procedure mogelijk te zijn waarbij de nood aan internationale bescherming wordt onderzocht alsook de aangehaalde medische elementen. Deze medische mogelijkheid tot een parallel onderzoek bestaat nu al wanneer een vreemdeling tegelijkertijd een asielaanvraag als een aanvraag om verblijf omwille van medische redenen indient. De afwezigheid van een ontvankelijkheidsfase verhindert m.i. niet dat de medische filter verder gehanteerd zou kunnen worden.

#### d.) Prangende humanitaire situaties

1023. Tenslotte wordt er voorgesteld om een restcategorie van bijkomende bescherming, met name voor zogenaamde “prangende humanitaire situaties”, te voorzien. Wanneer er aanwijzingen zijn omtrent een prangende humanitaire situatie, vindt daaromtrent bij het indienen van een aanvraag om internationale bescherming een ambtshalve onderzoek plaats.

Aan de huidige discretionaire bevoegdheid om bijkomende bescherming te verlenen omwille van een prangende humanitaire situatie, wordt in deze humanitaire verblijfsprocedure een welbepaalde en bindende materiële invulling gegeven. De geheel ongebonden beslissingsruimte die momenteel de mogelijkheid tot afgifte van een verblijfsmachtiging omwille van humanitaire gronden op grond van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet kenmerkt, wordt hier beperkt.

1024. Het eerste verschil met de procedure onder artikel 9bis van de Vreemdelingenwet is dat er geen “buitengewone omstandigheden” moeten worden aangeduid die het indienen van een aanvraag om machtiging tot verblijf ernstig bemoeilijken of onmogelijk maken. Er vindt dus meteen een gegrondheidsonderzoek plaats naar een eventuele prangende humanitaire situatie. Er kan immers worden geargumenteed dat wanneer er sprake is van een prangende humanitaire situatie, er eveneens sprake is van buitengewone omstandigheden. In die zin kan worden verwezen naar een eerdere uitspraak van het Grondwettelijk Hof waarin werd gesteld dat de discretionaire bevoegdheid voorzien in artikel 9bis van de Vreemdelingenwet evenwel “niet aldus [kan] worden begrepen dat zij, zonder dat uitdrukkelijk wordt verwezen naar de noodzakelijke eerbiediging van verdragsrechtelijke grondrechten, de minister of zijn

*gemachtigde zou toestaan de artikelen 3 en 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens te schenden, derwijze dat aan een categorie van vreemdelingen het genot wordt ontzegd van de rechten die door die verdragsbepalingen worden gewaarborgd. Doordat zij een zorgvuldig onderzoek van iedere aanvraag vereist, biedt de bestreden regeling de mogelijkheid om elke aanvraag individueel, op grond van concrete elementen, te beoordelen in het licht van onder meer die verdragsbepalingen.”<sup>2273</sup>*

1025. Het tweede verschil is dat er wordt geopteerd om een “prangende humanitaire situatie” te definiëren. Daarvoor kan worden teruggegrepen naar de definitie in de geannuleerde regularisatie-instructie van 19 juli 2009, waarin werd verduidelijkt dat er van een “een prangende humanitaire situatie” sprake is indien een verwijdering van de aanvrager in strijd zou zijn met de internationale mensenrechtenverdragen, in het bijzonder het Internationaal Kinderrechtenverdrag en het EVRM.<sup>2274</sup> In een vademecum bij de geannuleerde instructie werd een “prangende humanitaire situatie” verder verklaard als *“Elke situatie die dermate klemmend is dat de persoon zich er niet van kan ontdoen en waarbij een verwijdering een schending van een fundamenteel recht met directe werking in België zou kunnen inhouden, zodat een verder verblijf in België de enige oplossing is, moet als een prangende humanitaire situatie worden beschouwd.”*<sup>2275</sup> Net zoals de vernietigde instructie benadrukte, dient er bijzondere aandacht besteed te worden aan vreemdelingen die behoren tot een kwetsbare groep, zoals vrouwen en kinderen die mishandeld, misbruikt of uitgebuit zouden zijn geweest of personen die zich in een zodanige persoonlijke of familiale situatie bevinden dat hun enige redding de regularisatie van hun verblijf is.

1026. Op deze wijze kan op een meer rechtszekere wijze bescherming worden verleend aan vreemdelingen wier situatie zo complex of precair is dat verwijdering een schending van hun mensenrechten kan inhouden maar die niet vallen onder andere hierboven vermelde beschermingsgronden.

Door te verwijzen naar internationale mensenrechtenverdragen en de internationale minimumverplichtingen die daaruit voortvloeien, garandeert men een meer duurzame tegemoetkoming van een nood aan deze minimumbescherming. Als een restcategorie van bescherming, kunnen hierdoor situaties worden ondervangen waarin bescherming en een verblijfsstatus de enige mogelijke humane oplossing is. Een meer precieze definitie van wat een prangende humanitaire situatie is, lijkt me niet aangewezen. Door het definiëren van welbepaalde situaties die als een prangende humanitaire situatie gelden, riskeert men dat andere situaties uit het oog worden verloren of over het hoofd gezien. Een ruime en algemene verwijzing naar internationale mensenrechtenverdragen biedt m.i. een meer inclusieve restbescherming dan het strikt definiëren van prangende humanitaire situaties. Een algemene verwijzing biedt de mogelijkheid om iedere aanvraag individueel te onderzoeken, rekening houdend met de concrete en specifieke omstandigheden van de zaak, in het licht van de internationale mensenrechtenverdragen.

1027. Hoewel het meer precies definiëren van welbepaalde situaties die als prangende humanitaire situatie gelden, niet wordt vooropgesteld, kunnen wel een aantal illustraties worden gegeven van wat wordt bedoeld met een prangende humanitaire situatie.

---

<sup>2273</sup> GwH 26 juni 2008, nr. 95/2008, overw. B.6.

<sup>2274</sup> De instructie is terug te vinden op:

<http://www.kruispuntmi.be/uploadedFiles/Vreemdelingenrecht/Wegwijs/verblijfsstatuten/Humanitair/instructie%20regularisatie%2020090718.pdf>.

<sup>2275</sup> Het vademecum is terug te vinden op: <http://www.kruispuntmi.be/uploadedFiles/Vreemdelingenrecht/Vademecum21september.pdf>.

Concreet kan worden gedacht aan het bestaan van een gezinsleven of een privéleven dat omwille van het niet voldoen van bepaalde verblijfsvoorwaarden omtrent gezinshereniging (bv. het niet aantonen van voldoende bestaansmiddelen), toch aanleiding kan geven tot een positieve verplichting onder artikel 8 van het EVRM.<sup>2276</sup> In dit opzet kan ook het belang van het kind, zoals neergelegd in artikel 3 van het VN-Kinderrechtenverdrag, een rol spelen bij het bepalen of er sprake is van een prangende humanitaire situatie. Eventueel kan hier ook de weg worden geopend naar een kinderpardon, indien dat wenselijk geacht wordt. In een eerste asielprocedure zal deze toetsing aan artikel 8 EVRM in veel gevallen niet leiden tot een verblijfsvergunning, nu er in de meeste gevallen in de korte periode na een eerste asielaanvraag nog geen sprake kan zijn van deze aspecten, maar het meetoetsen van dit aspect is niettemin noodzakelijk voor de verdere dossieropbouw en eventuele latere herhaalde aanvragen.

De situatie van vreemdelingen die België niet kunnen verlaten omwille van feitelijke of administratieve of technische omstandigheden die het onmogelijk maken om de betrokken vreemdelingen binnen een redelijke termijn op een humane manier en met eerbiediging van de grondrechten en waardigheid het land uit te zetten, kan eveneens als een prangende humanitaire situatie worden aangemerkt. De fysieke of mentale gesteldheid van een vreemdeling (bv. de vreemdeling die omwille van zijn gezondheidstoestand blijvend niet kan reizen, waarvan de fysieke overdracht niet kan worden gerealiseerd)<sup>2277</sup>, het ontbreken van vervoersmiddelen, onvoldoende identificatie, de niet-afgifte van reisdocumenten door de ambassade van het land van herkomst, e.a., kunnen zulke omstandigheden uitmaken.<sup>2278</sup> Eventueel kan daarbij worden bepaald dat deze omstandigheden niet verwijtbaar mogen zijn aan de vreemdeling. Het moet dan gaan om vreemdelingen, die buiten hun schuld om niet kunnen vertrekken en die hun samenwerking verlenen om te kunnen vertrekken. Hierbij moet geval per geval worden nagegaan, rekening houdend met de specifieke omstandigheden van het individuele geval, of er sprake is van verwijtbaar gedrag en een gebrek aan samenwerking.

1028. Het aanduiden van prangende humanitaire situaties als grond voor bescherming maakt een terugkoppeling mogelijk naar de Terugkeerrichtlijn die bepaalt dat in zekere gevallen een gedwongen verwijdering *moet* of *mag* worden uitgesteld<sup>2279</sup>; dat de termijn van vrijwillig vertrek kan worden verlengd met een passende termijn rekening houdend met de specifieke omstandigheden van het individueel geval<sup>2280</sup>, zoals de verblijfsduur, schoolgaande kinderen, het bestaan van gezinsbanden en andere sociale banden; en dat bij de tenuitvoerlegging ervan rekening moet worden gehouden met het belang van het kind, het familie- en gezinsleven en de gezondheidstoestand van de vreemdeling.<sup>2281</sup> Er wordt aan herinnerd dat de Terugkeerrichtlijn een niet-exhaustieve opsomming inhoudt van de factoren op basis waarvan lidstaten kunnen bepalen dat ze overgaan tot een uitstel van verwijdering.<sup>2282</sup> Lidstaten

---

<sup>2276</sup> Zie hierover meer in Hoofdstuk 1 van Deel 1.

<sup>2277</sup> P. VAN DIJK, F. VAN HOOFF, A. VAN RIJN, L. ZWAAN, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 428. Zie bespreking in Hoofdstuk 1 van Deel 1 van EHRM 2 mei 1997, nr. 30240/96, *D v. Verenigd Koninkrijk*, par. 53 in de meest enge zin, alsook EHRM 27 mei 2008, nr. 26565/05, *N. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 47 en Europese Commissie Mensenrechten 4 september 1995, nr. 25342/94, *Raidl v. Oostenrijk* (onontvankelijkheidsbeslissing); EHRM 6 februari 2001, nr. 44599/98, *Bensaid v. Verenigd Koninkrijk*, par. 37, in de meest enge zin alsook Europese Commissie Mensenrechten 26 oktober 1995, nr. 28419/95, *Kharsa v. Zweden* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>2278</sup> Zie bespreking in Hoofdstuk 1 van Deel 1 van Europese Commissie Mensenrechten, nr. 7612/76, *Giamia v. /België*, DR 21, 73; Europese Commissie Mensenrechten 17 december 1976, nr. 7729/76, *Agee v. Verenigd Koninkrijk* (onontvankelijkheidsbeslissing); Europese Commissie Mensenrechten 14 mei 1984, nr. 10400/83, *Z. v. Nederland* (onontvankelijkheidsbeslissing); EHRM 5 maart 1986, nr. 10798/84, *Harabi v. Nederland* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>2279</sup> Art. 9, leden 1 en 2, Richtl. 2008/115/EG.

<sup>2280</sup> Art. 7, lid 2, Richtl. 2008/115/EG.

<sup>2281</sup> Art. 5 Richtl. 2008/115/EG.

<sup>2282</sup> S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 569.

kunnen dus in hun wetgeving andere gronden voorzien op basis waarvan een uitstel van verwijdering kan worden bevolen, zolang dit verenigbaar is met de richtlijn.<sup>2283</sup>

Voor prangende humanitaire situaties moet m.i. bij voorkeur een duurzame oplossing worden geformuleerd, gezien de onwaarschijnlijkheid, onmogelijkheid of bijzondere moeilijkheid van terugkeer of verwijdering binnen een redelijke termijn in deze gevallen. In dit opzicht moedigt de Terugkeerrichtlijn de lidstaten aan om een regeling te treffen voor illegaal verblijvende vreemdelingen die niet kunnen worden uitgezet.<sup>2284</sup> Het kent lidstaten dan ook de bevoegdheid toe om te allen tijde in schrijnende gevallen, om humanitaire of om andere redenen, aan vreemdelingen die zich in bovenstaande omstandigheden bevinden een verblijfsvergunning of een andere vorm van toestemming tot verblijf te geven.<sup>2285</sup>

België kan er dus voor opteren om binnen een humanitaire verblijfsprocedure oog te hebben voor vreemdelingen die niet kunnen vertrekken en zich daardoor in een prangende humanitaire situatie bevinden.

---

<sup>2283</sup> M. SCHIEFFER in K. HAILBRONNER (ed), *EU Immigration and Asylum Law – Commentary*, München, C.H. Beck – Hart – Nomos, 2010, 1529.

<sup>2284</sup> Overweging nr. 12 Preamble Richtl. 2008/115/EG. Zie in deze zin EHRM 5 maart 1986, nr. 10798/84, *Harabi v. Nederland* (onontvankelijkheidsbeslissing).

<sup>2285</sup> Art. 6, lid 4, Richtl. 2008/115/EG. In dit kader moet rekening worden gehouden met de rechtspraak van het EHRM inzake artikel 3 EVRM, met name dat een Staat niet onverschillig en nalatig mag zijn t.a.v. een vreemdeling die niet in de mogelijkheid is om te voorzien in de meest elementaire levensbehoeften, zoals voedsel, hygiëne en huisvesting, en zich daardoor in een situatie van ernstige ontbering en extreme armoede bevindt. Zie EHRM 18 juni 2009, nr. 45603/05, *Budina v. Rusland* (onontvankelijkheidsbeslissing) met verwijzing naar EHRM, 23 april 2002, nr. 56869/00, *Larioschina v. Rusland* (onontvankelijkheidsbeslissing); EHRM, 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. Griekenland en België*.

F. Derde fase: het voorbereiden van de terugkeer en een ambtshalve onderzoek naar beletselen die de terugkeerverplichting kunnen verhinderen

1029. Wanneer er geen nood aan internationale bescherming wordt vastgesteld en wordt geoordeeld dat er geen nood is aan bijkomende bescherming, dan wordt een geheel afwijzende meeromvattende beschikking genomen die tevens een terugkeerbesluit is.

1030. In de zaak *Auad* gaf het EHRM aan dat de Bulgaarse wetgeving moest worden aangepast om voldoende waarborgen in te bouwen voor vreemdelingen ten aanzien van wie een verwijderingsbeslissing wordt genomen. Daartoe moet de wetgeving en de statelijke praktijk er in voorzien dat er altijd wordt aangegeven wat het land van bestemming is en er tegen een wijziging van het land van bestemming ook een beroep kan worden ingesteld.<sup>2286</sup> In de zaak *Asalya* bevestigde het Hof deze stelling: het gebrek aan vermelding in de verwijderingsmaatregel van het land waarheen de vreemdeling zal worden verwijderd, verhindert enig zinvol onderzoek naar een verdedigbare grief inzake artikelen 2 en 3 EVRM en maakt de verleende bescherming onder artikel 13 EVRM geheel illusoir.<sup>2287</sup> In de zaak *A.D.* stelde het Hof dat vast dat enerzijds de verwijderingsmaatregelen geen vermelding bevatten van het land waarnaar de verzoekers zouden worden verwijderd, maar dat anderzijds tijdens de beroepsprocedures niettemin werd uitgegaan vanuit de veronderstelling dat het land van bestemming China was. Het Hof oordeelde: “(...) *such ambiguity as regards the country of destination is unacceptable, not only because it exacerbated the applicants’ already precarious situation, but also because it frustrated the purpose of the judicial review, since no meaningful review can be carried out of the risks involved in a foreigner’s deportation without the destination country being specified.*”<sup>2288</sup>

1031. In dit kader definieert de Terugkeerrichtlijn een aantal belangrijke begrippen nader.<sup>2289</sup> Het begrip ‘terugkeer’ wordt gedefinieerd als het proces waarbij de vreemdeling vrijwillig gevolg gevend aan een terugkeerverplichting of gedwongen, terugkeert naar:

- zijn land van herkomst, of
- een land van doorreis overeenkomstig communautaire of bilaterale overnameovereenkomsten of andere regelingen,
- of een ander derde land waarnaar de betrokken vreemdeling besluit vrijwillig terug te keren en waar deze wordt toegelaten.

Een ‘terugkeerbesluit’ wordt gedefinieerd als de administratieve of rechterlijke beslissing of handeling waarbij wordt vastgesteld dat het verblijf van een vreemdeling illegaal is of dit illegaal wordt verklaard en een terugkeerverplichting wordt opgelegd of vastgesteld. Een ‘verwijdering’ wordt gedefinieerd als de tenuitvoerlegging van de terugkeerverplichting, d.w.z. de fysieke verwijdering uit de lidstaat.

1032. In de Belgische Vreemdelingenwet werden deze definities hernomen.<sup>2290</sup> ‘Terugkeer’ wordt nader gedefinieerd als het feit dat een vreemdeling, hetzij op vrijwillige basis nadat hij het voorwerp heeft uitgemaakt van een beslissing tot verwijdering, hetzij gedwongen, terugkeert naar zijn land van herkomst of een land van doorreis overeenkomstig communautaire of bilaterale overnameovereenkomsten of naar een ander derde land

<sup>2286</sup> EHRM 11 oktober 2011, nr. 46390/10, *Auad v. Bulgarije*, par. 139.

<sup>2287</sup> EHRM 15 april 2014, nr. 43875/09, *Asalya v. Turkije*, par. 114 met verwijzing naar EHRM 11 oktober 2011, nr. 46390/10, *Auad v. Bulgarije*, par. 139.

<sup>2288</sup> EHRM 22 juli 2014, nr. 22861/09, *A.D. e.a. v. Turkije*, par. 103.

<sup>2289</sup> Art. 3 Richt. 2008/115/EU.

<sup>2290</sup> Art. 1 Vreemdelingenwet.



waarnaar de betrokken onderdaan besluit vrijwillig terug te keren en waar deze wordt gemachtigd of toegelaten tot het verblijf. De beslissing tot verwijdering wordt begrepen als de beslissing die de illegaliteit van het verblijf van een vreemdeling vaststelt en een terugkeerverplichting oplegt. ‘Verwijdering’ houdt dan weer de tenuitvoerlegging in van de beslissing tot verwijdering, namelijk de fysieke verwijdering van het grondgebied.

1033. Uit de bewoordingen van de Terugkeerrichtlijn kan worden begrepen dat een terugkeerverplichting niet enkel een rechtsplicht inhoudt voor een vreemdeling om het Belgische grondgebied (en eventueel dat van de Schengenstaten) te verlaten (d.i. de zogenaamde ‘vertrekplicht’). De terugkeerverplichting houdt in dat de vreemdeling zich naar een welbepaald land dient te begeven ten aanzien van dewelke bepaalde garanties gelden. Wat dit welbepaald land is wordt op exhaustieve en duidelijke wijze aangegeven in de Terugkeerrichtlijn en hernomen in de Vreemdelingenwet. Het is (i) ofwel het land van herkomst, ofwel (ii) het land van doorreis voor zover een communautaire of bilaterale overnameovereenkomst kan worden toegepast, ofwel (iii) een ander derde land waarnaar de derdelander vrijwillig terugkeert én waar deze wordt gemachtigd of toegelaten tot verblijf. De terugkeerverplichting geldt dus niet ten aanzien van een eender welk land. Men kan aannemen dat door uitdrukkelijk te bepalen ten aanzien van welk land een terugkeerverplichting geldt, men wilde vermijden dat een vreemdeling in een situatie terechtkomt waarin hij wordt teruggestuurd naar een land waar hij in wezen geen toegang tot het grondgebied kan krijgen.

1034. Momenteel wordt in de verschillende bevelen om het grondgebied te verlaten, dit opzet van de Terugkeerrichtlijn niet weerspiegeld. In de bevelen wordt slechts de onregelmatigheid van het verblijf vastgesteld en wordt melding gemaakt van de verplichting om het grondgebied van de Schengenstaten te verlaten, maar wordt de terugkeerverplichting niet nader geconcretiseerd.

1035. Uit de combinatie van de bovenvermelde elementen lijkt het aangewezen dat het land ten aanzien waarvan een terugkeerverplichting geldt, uitdrukkelijk in de geheel afwijzende meeromvattende beschikking wordt aangeduid. Door het aanduiden van een land ten aanzien waarvan een terugkeerverplichting geldt, worden zogenaamde “*protection gaps*” vermeden. Verzoekers kunnen hun grieven daadwerkelijk concretiseren en de Raad kan niet langer betogen dat de verwijderingsbeslissing niet meer inhoudt dan de vaststelling van de illegale verblijfstoestand van een vreemdeling waarbij de vreemdeling enkel wordt geboden om het grondgebied van België (en eventueel de Schengenstaten) te verlaten.<sup>2291</sup> Door te stellen dat een verwijderingsbeslissing enkel betekent dat de vreemdeling het Belgische grondgebied en dat van de Schengenstaten dient te verlaten, gaat men voorbij aan het gegeven dat de vreemdeling gehouden is aan een terugkeerverplichting die evenwel beperkt is tot welbepaalde landen ten aanzien van dewelke bepaalde garanties gelden.

1036. Het opleggen van een verplichting om aan te duiden ten aanzien van welk land een terugkeerverplichting geldt, maakt dat bij de voorbereiding van de terugkeer van de vreemdeling, in een eerste fase door een vrijwillige terugkeer en in een tweede fase door gedwongen verwijdering, beter rekening kan worden gehouden met eventuele beletselen die de terugkeer verhinderen.<sup>2292</sup> Er is immers een algemene verplichting voor de administratie om bij het nemen van een beslissing tot verwijdering rekening te houden met het hoger belang van het kind, het gezins- en familieleven en de gezondheidstoestand van de betrokken

---

<sup>2291</sup> Zie RvV 22 september 2011, nr. 67.124 en RvV 21 december 2011, nr. 72.406.

<sup>2292</sup> Zie de Nederlandse Dienst voor Terugkeer en Vertrek dat verantwoordelijk is voor het voorbereiden, bevorderen en organiseren van het daadwerkelijk vertrek van vreemdelingen die geen recht op verblijf hebben in Nederland.

vreemdeling.<sup>2293</sup> Het kan voorvallen dat het ambtshalve onderzoek naar de nood aan bijkomende bescherming in de tweede fase uitwijst dat in bepaalde omstandigheden de nood aan bijkomende bescherming slechts zeer kortstondig van aard is. Men kan dan in deze gevallen oordelen dat de verlening van een verblijfsstatus niet noodzakelijk is en dat een terugkeer binnen een redelijke termijn wel mogelijk is. Bijgevolg kan men zich beperken tot de verlenging van de vrijwillige vertrektermijn in de geheel afwijzende meeromvattende beschikking om onder meer rekening te houden met de specifieke omstandigheden eigen aan de situatie van de vreemdeling, zoals de duur van het verblijf, het bestaan van schoolgaande kinderen, en andere familiale en sociale banden.<sup>2294</sup>

1037. Voorts kan de voorbereiding van de terugkeer naar het land waarnaar de terugkeerverplichting geldt, ertoe leiden dat de administratie wordt geconfronteerd met omstandigheden waardoor de vreemdeling buiten zijn schuld om niet kan vertrekken. Wanneer deze onmogelijkheid tot terugkeer niet van tijdelijke aard lijkt te zijn, zal de administratie ambtshalve moeten nagaan of de vreemdeling dan toch niet in aanmerking komt voor de verlening van een verblijfsstatus bij toepassing van bijvoorbeeld medische beschermingsgronden of het vaststellen van een prangende humanitaire situatie. Indien de onmogelijkheid tot terugkeer slechts van tijdelijke aard lijkt te zijn, kan in de geheel afwijzende meeromvattende beschikking worden voorzien in een verlenging van de vrijwillige vertrektermijn of een tijdelijk uitstel van de verwijdering.

1038. In dezelfde lijn worden in andere Belgische regelgeving omstandigheden aangeduid die eveneens aanleiding kunnen geven tot een verlenging van de vrijwillige vertrektermijn of een tijdelijk uitstel.<sup>2295</sup> Zo kan m.b.t. de aanwezigheid van schoolgaande kinderen, vanuit het oogpunt van het recht op onderwijs, worden geoordeeld dat een verlenging van de vrijwillige vertrektermijn voor gezinnen met schoolgaande kinderen van minder dan 18 jaar aangewezen is, zodat het lopende schooljaar kan worden afgerond. Een verlenging van de vrijwillige vertrektermijn of het tijdelijk uitstel van verwijdering kan ook aangewezen zijn in die gevallen waarin een vreemdeling niet meteen het land kan verlaten omwille van een kortstondige ziekte of wegens een medische behandeling of waar het een hoogzwangere vrouw betreft. Zoals eerder vermeld kunnen de humanitaire clausules die worden ingevoegd in weigeringsbeslissingen hier een rol spelen.

1039. Er zou ook voor kunnen worden gekozen om medische elementen niet langer te weerhouden als een grond voor een verblijfsstatus, zoals nu voorzien is in artikel 9ter van de Vreemdelingenwet. In plaats daarvan zouden medische elementen enkel kunnen gelden als een uitzettingsbeletsel dat kan leiden tot een verlenging van de vrijwillige vertrektermijn. De vreemdeling verwerft hierdoor dan geen rechtmatig verblijf maar heeft wel recht op materiële opvang en medische zorgen. Indien de medische beletselen verdwijnen, dan herleeft de mogelijkheid tot gedwongen verwijdering. Niet alleen kortstondige ziekten kunnen in aanmerking komen voor verlenging van de vrijwillige vertrektermijn, maar ook langdurige ziekten. In die zin kan worden verwezen naar Nederland, waar op basis van artikel 64 Vw 2000 uitzetting achterwege wordt gelaten als de medische behandeling ter voorkoming van een medische noodsituatie één jaar of korter zal duren. In Nederland is voorts voorzien dat pas wanneer de medische uitzettingsbeletselen langer dan één jaar aanhouden, er een aanvraag om medische behandeling kan worden ingediend die aanleiding geeft tot een reguliere verblijfsvergunning van bepaalde tijd, d.i. maximaal één jaar. De hervorming van artikel 9ter naar een, in eerste instantie, zuiver uitzettingsbeletsel maakt het inroepen van

---

<sup>2293</sup> Art. 74/13 Vreemdelingenwet. Art. 5, art. 7, lid 2 en art. 9, lid 2, Richtl. 2008/115/EG.

<sup>2294</sup> Art. 74/14 Vreemdelingenwet.

<sup>2295</sup> Zie Deel 2, Hoofdstuk 1, Afdeling 2, § 1 België.

medische elementen om een verblijf te verkrijgen, misschien minder aantrekkelijk voor oneigenlijk gebruik en mogelijk misbruik.

In bepaalde omstandigheden kan ook de verlenging van een vrijwillige vertrektermijn of een tijdelijk uitstel van verwijdering worden verleend wanneer de betrokken vreemdeling aangifte heeft gedaan van een huwelijk met een Belg of een andere vreemdeling die toegelaten of gemachtigd is tot een verblijf van meer dan drie maanden in het Rijk of om er zich te vestigen.

1040. In al deze gevallen zal men gehouden zijn om de betrokken vreemdelingen in het bezit te stellen van een schriftelijke bevestiging, overeenkomstig de nationale wetgeving, van het feit dat een verlenging van de vrijwillige vertrektermijn of een tijdelijk uitstel van de verwijdering werd toegestaan.<sup>2296</sup> Deze schriftelijke bevestiging zou onderdeel kunnen uitmaken van de geheel afwijzende meeromvattende beschikking, waardoor tevens een rechtmatig verblijf mogelijk blijft en een toegang tot materiële opvangvoorziening wordt gewaarborgd.

### *G. Beschermingsmogelijkheden naast een aanvraag om internationale bescherming*

1041. De vraag stelt zich of er naast de mogelijkheid tot het indienen van een aanvraag om internationale bescherming die ambtshalve worden onderzocht op bijkomende beschermingsnoden, er nog behoefte is aan een andere beschermingsmogelijkheid, meer bepaald de mogelijkheid om aparte aanvragen voor specifieke beschermingsnoden in te dienen. Ik pleit ervoor om naast de voorgestelde alomvattende humanitaire verblijfsprocedure, geen bijkomende specifiekere humanitaire verblijfsprocedures meer te voorzien. Voorzien in zulke procedures naast de alomvattende humanitaire verblijfsprocedure doorkruist anders het vooropgestelde doeleinde van efficiëntie en zal ertoe leiden dat de verschillende verblijfsprocedures weer kunnen worden opeengestapeld.

1042. Indien een vreemdeling meent nood te hebben aan bescherming, zal hij steeds via een aanvraag om internationale bescherming zijn beschermingsnood moeten doen gelden. Als de vreemdeling niet geïnteresseerd zou zijn in de vluchtelingenstatus of de subsidiaire beschermingsstatus, dan betekent dit geen tijdsverlies of efficiëntieverlies. Het eerste gehoor dat werd afgenomen heeft nog altijd zijn waarde voor het vervolg van de procedure, voornamelijk het ambtshalve onderzoek naar bijkomende beschermingsnoden. Een beslissing tot weigering van de vluchtelingenstatus en tot weigering van de subsidiaire beschermingsstatus zal in zulke gevallen ook snel kunnen worden afgedaan. Mocht de vreemdeling bij een volgende aanvraag wel een nood aan internationale bescherming laten gelden, dan is het feit dat hij dit niet heeft ingeroepen in het kader van zijn eerste aanvraag een element dat bij het onderzoek van een herhaalde aanvraag kan betrokken worden.

1043. Wat wel dient te worden voorzien is een discretionaire bevoegdheid voor de bevoegde minister *c.q.* staatssecretaris voor Asiel en Migratie, zodat in zeer schrijnende gevallen toch tot verlening van een verblijfsvergunning kan worden overgegaan. Deze discretionaire bevoegdheid kan worden aangewend, naargelang de individuele feiten en omstandigheden van het geval, wanneer de schrijnende situatie niet valt onder het toepassingsgebied van de alomvattende humanitaire verblijfsprocedure. Dit kan zijn omdat de situatie een beschermingsnood betreft die (nog) niet wordt beantwoord in de alomvattende humanitaire verblijfsprocedure, bv. de situatie van klimaatvluchtelingen. Een andere situatie is deze waarin de omstandigheden waardoor een vreemdeling niet uit België kan vertrekken wel

---

t. 14, lid 2, Richtl. 2008/115/EG.

verwijtbaar zijn aan de vreemdeling, bv. omdat hij zijn identiteitsdocumenten heeft vernietigt, maar de vreemdeling zich niettemin in een schrijnende situatie bevindt omdat hij geen nieuwe documenten krijgt uitgereikt en zich dus in een in limbosituatie bevindt. Hoewel zulke situaties zoveel mogelijk moeten worden vermeden door het voeren van een snel en efficiënt terugkeerbeleid, kan deze discretionaire bevoegdheid ook een antwoord bieden aan die situaties waarin een vreemdeling tijdens een langdurig illegaal verblijf een gezins- en/of privéleven heeft opgebouwd en waarin er sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden die onder artikel 8 van het EVRM aanleiding kunnen geven tot het vaststellen van een positieve verplichting tot verblijf.

1044. Een meer delicate situatie is deze van vreemdelingen die worden uitgesloten van de humanitaire verblijfsprocedure en bijhorende voordelen, bv. van de vluchtelingenstatus en de subsidiaire beschermingsstatus. Deze vreemdelingen kunnen niet verwijderd worden naar hun land van herkomst maar zullen eveneens niet kunnen genieten van de vluchtelingenstatus of de subsidiaire beschermingsstatus.<sup>2297</sup> Indien geen alternatief wordt gevonden (bv. opvang in een derde land), zullen zulke ongewenste en niet-verwijderbare vreemdelingen verder illegaal en in precaire situatie op het grondgebied van een lidstaat verblijven, veelal uit het oog van politie- en veiligheidsdiensten. Het lijkt daarom aangewezen om geval per geval na te gaan of het non-refoulementbeginsel zich op duurzame wijze verzet tegen verwijdering en of het blijvend onthouden van een verblijfsvergunning omwille van de algemene belangen van de Belgische overheid, disproportioneel is. Daarbij kan rekening gehouden worden met bijzondere omstandigheden die een uitzonderlijke situatie creëren in een individueel geval. Een voorbeeld is de uitgesloten vluchteling met een kind dat nood heeft aan een levensreddende kankerbehandeling.

Deze bevoegde minister *c.q.* staatssecretaris heeft hierin een geheel vrije beslissingsruimte. Het beroep tegen afwijzende beslissingen van de minister *c.q.* staatssecretaris kan zich in deze gevallen beperken tot een wettigheidscontrole en een marginale appreciatie van de feiten.

#### *H. Herhaalde aanvragen om internationale bescherming*

1045. Er wordt een mogelijkheid voorzien om een herhaalde aanvraag om internationale bescherming te kunnen indienen, zoals voorzien in artikel 40 van de Procedurerichtlijn 2013. Het is van belang dat er zo snel mogelijk wordt beslist over deze herhaalde aanvraag. Daarom moet zo snel mogelijk worden geoordeeld of de vreemdeling nieuwe feiten of elementen heeft aangebracht die de kans aanzienlijk groter maken dat de vreemdeling in aanmerking komt voor internationale bescherming, de erkenning van staatloosheid of de ambtshalve verlening van een verblijfsvergunning omwille van een bijkomende beschermingsnood desgevallend de ambtshalve verlenging van de vrijwillige vertrektermijn of het tijdelijk uitstel van de verwijdering. Doordat in de eerste aanvraag om internationale bescherming reeds een dossier is opgebouwd waarin de nood aan bijkomende beschermingsnood werd bekeken, kan bij een herhaalde aanvraag snel worden beoordeeld wat er is gewijzigd ten opzichte van de eerdere situatie. Dit onderzoek naar de aanwezigheid van nieuwe feiten of elementen vindt plaats in het voorafgaand ontvankelijkheidsonderzoek dat op versnelde wijze kan worden gevoerd, conform artikel 31, lid 8 (f) en artikel 33, lid 2 (d), Procedurerichtlijn 2013. Daarbij moet worden opgemerkt dat een versnelde behandeling ook mogelijk is indien een vreemdeling een herhaalde aanvraag enkel doet teneinde de uitvoering van een eerdere of van een op handen zijnde beslissing tot verwijdering, uit te stellen of te verijdelen. (artikel 31, lid 8, (g), Procedurerichtlijn 2013). De Procedurerichtlijn laat verder toe dat lidstaten kunnen afwijken

---

<sup>2297</sup> In de zaak Ahmed leidde het gebrek aan perspectief voor een uitgesloten vluchteling uiteindelijk tot zelfmoord, EHRM 7 december 1996, nr. 25964/94, *Ahmed v. Oostenrijk*.

van de termijnen die normaal gelden voor versnelde procedures in het geval van een derde aanvraag om internationale bescherming of wanneer een herhaalde aanvraag wordt ingediend louter teneinde de uitvoering van een verwijderingsmaatregel te vertragen of te hinderen (artikel 41, lid 2).

Indien er tijdens dit voorafgaand onderzoek van de herhaalde aanvraag geen nieuwe elementen of bevindingen naar boven zijn gekomen, dan wordt de aanvraag niet-ontvankelijk verklaard. Indien er sprake is van nieuwe elementen of bevindingen die een volledige beoordeling van de herhaalde aanvraag noodzakelijk maken, dan wordt de herhaalde aanvraag ten gronde behandeld, conform artikel 40, lid 3, Procedurerichtlijn 2013.

1046. In lijn met het om te zetten artikel 9, lid 1, Procedurerichtlijn 2013 en vanuit het oogpunt van een efficiënt rechtsmiddel, dient verder te worden bepaald dat de vreemdeling gedurende de behandeling van een herhaalde aanvraag het recht heeft om op het grondgebied te blijven. De vreemdeling kan tijdens dit rechtmatig verblijf niet worden uitgezet, wat betekent dat het terugkeerbesluit dat werd genomen n.a.v. de eerste aanvraag een deel uitmaakt van de meeromvattende beschikking, tijdelijk wordt geschorst tot er wordt beslist over de aanvraag. Het is niet de bedoeling dat een nieuw terugkeerbesluit wordt genomen. Wordt de herhaalde aanvraag afgewezen in eerste aanleg en/of in beroep, dan blijft het terugkeerbesluit gehandhaafd en onbeperkt gelden, dit is alsof het terugkeerbesluit als het ware herleeft. Indien de herhaalde aanvraag leidt tot de verlening van een verblijfsvergunning, dient het terugkeerbesluit als impliciet opgeheven/ingetrokken te worden beschouwd. Dit terugkeerbesluit kan niet herleven wanneer de vreemdeling zijn verblijfsvergunning verliest, er dient dan een nieuw terugkeerbesluit te worden genomen.

1047. De Procedurerichtlijn 2013 voorziet verder dat een uitzondering kan worden gemaakt op het recht om op het grondgebied te blijven tijdens de behandeling van de herhaalde aanvraag indien (i) wordt vastgesteld dat een tweede aanvraag werd ingediend enkel om de uitvoering van een beslissing die tot zijn spoedige verwijdering van het grondgebied van die lidstaat zou leiden, te vertragen of te hinderen, of (ii) wanneer een derde of volgende aanvraag wordt ingediend nadat een definitieve beslissing werd genomen om de tweede aanvraag als niet-ontvankelijk te beschouwen of na een definitieve beslissing om de aanvraag als ongegrond af te wijzen (artikel 9, lid 2 *juncto* artikel 41, lid 1, Procedurerichtlijn 2013). In deze gevallen heeft het indienen van een herhaalde aanvraag geen schorsend effect op een eerder genomen terugkeerbesluit en heeft de vreemdeling geen recht om gedurende de behandeling van zijn aanvraag op het grondgebied van de lidstaat te blijven. Wel wordt bepaald dat zulke uitzonderingen maar kunnen worden gemaakt wanneer de betrokken administratie van oordeel is dat een terugkeerbesluit niet zal leiden tot directe of indirecte refoulement in strijd met internationale en Unierechtelijke verplichtingen (zie artikel 41, lid 1, Procedurerichtlijn 2013).

1048. Deze bepaling is zeer verregaand en dient te worden begrepen in het licht van de rechtspraak van het EHRM, het effectiviteitsbeginsel en artikel 47 van het Handvest. Op grond van de uitspraak in de zaak *Mohammed* besluit RENEMAN dat, of het nu een tweede of volgende asielaanvraag betreft, er altijd in het (voorafgaand) onderzoek naar nieuwe elementen moet worden onderzocht of er sprake is van een verdedigbare grief op grond van artikel 3 EVRM.

Een herhaalde aanvraag mag immers niet automatisch als manifest ongegrond of als getuigend van misbruik worden beschouwd. Er dient steeds een voorafgaand onderzoek plaats te vinden naar de omstandigheden waarin een herhaalde aanvraag wordt ingediend. Enkel indien een herhaalde aanvraag *prima facie* als “*abusively repetitive*” of “*entirely manifestly unfounded*” kan worden aangemerkt, lijkt het EHRM aan te geven dat het rechtsmiddel niet

gepaard moet gaan met een automatisch schorsend effect.<sup>2298</sup> Nagaan of een herhaalde aanvraag evenwel manifest ongegrond is, betekent in wezen dat men reeds nagaat of er sprake is van een verdedigbare grief. Vaststellen dat er sprake is van misbruik sluit dan weer een verdedigbare grief niet uit. Indien een verdedigbare grief aanwezig is, dan mag de asielzoeker het recht op verblijf niet worden onthouden.<sup>2299</sup> Met andere woorden, tijdens het voorafgaand onderzoek naar nieuwe elementen, zou een vreemdeling niet kunnen worden uitgezet. Deze bevinding lijkt des te meer te pleiten om geen gebruik te maken van de afwijkingen voorzien in de Procedurerichtlijn op het recht om op het grondgebied te blijven tijdens de behandeling van de herhaalde aanvraag. Hierbij kan de vraag gesteld worden wat de meerwaarde is van het afzien van een automatisch schorsend effect bij het indienen van een herhaalde aanvraag, wanneer de betrokken administratie moet oordelen of het terugkeerbesluit zal leiden tot refoulement. Deze beoordeling, die niet anders dan *ex nunc* moet gebeuren, houdt in dat de administratie zich dan toch onrechtstreeks in de beoordeling van het terugkeerbesluit moet uitspreken over de voorgelegde nieuwe elementen. Is het dan niet efficiënter om een vreemdeling de uitkomst van de behandeling van zijn herhaalde aanvraag op het grondgebied te laten afwachten?

1049. Het indienen van een herhaalde aanvraag dient daarom best steeds te worden voorzien van een schorsend effect op het eerder genomen terugkeerbesluit, waardoor de uitkomst van de behandeling van de herhaalde aanvraag op het grondgebied kan worden afgewacht. Uit de recente wetswijziging van 10 april 2014 blijkt dat de Belgische wetgever er ook voor gekozen heeft om aan het indienen van een meervoudige aanvraag bij het CGVS steeds een schorsend effect toe te kennen, wat een effectieve toegang tot de asielprocedure garandeert.

Om een opeenstapeling van herhaalde aanvragen te voorkomen zou men kunnen bepalen dat het indienen van een volgende aanvraag niet mogelijk is zolang de eerdere aanvraag in eerste aanleg wordt behandeld en de Raad zich nog niet heeft uitgesproken over het beroep tegen de beslissing inzake deze aanvraag, aangezien nieuwe elementen aan de Raad kunnen worden voorgelegd tot op het moment van de zitting (zgn. anti-carrousel bepaling). Dit lijkt conform artikel 40, lid 1, Procedurerichtlijn 2013. Voorts moet er worden op gewezen dat sinds de wetswijziging van 8 mei 2013<sup>2300</sup>, artikel 4 van de Opvangwet bepaalt dat de indiener van een tweede of volgende verzoek om internationale bescherming wordt uitgesloten van het recht op materiële opvang tenzij het CGVS het herhaald verzoek in overweging neemt. Het recht op materiële opvang blijft enkel gehandhaafd als het cassatieberoep bij de Raad van State toelaatbaar wordt verklaard.

---

<sup>2298</sup> EHRM 6 juni 2013, nr. 2283/12, *Mohammed v. Oostenrijk*, par. 80.

<sup>2299</sup> EHRM 6 juni 2013, nr. 2283/12, *Mohammed v. Oostenrijk*, JV 2013/325, noot M. RENEMAN. In de zaken EHRM 6 juni 2013, nr. 50094/10, *M.E. v. Frankrijk*, par. 66; EHRM 10 oktober 2013, nr. 18913/11, *K.K. v. Frankrijk*, par. 69-70

en EHRM 17 oktober 2013, nr. 65303/10, *Budrevich v. Tsjechische Republiek*, stelde het Hof dat het indienen van een herhaalde asielaanvraag met schorsend effect een daadwerkelijk rechtsmiddel uitmaakt.

<sup>2300</sup> BS 22 augustus 2013.

## I. Beroepsprocedures

1050. De beroepsprocedures dienen te worden onderscheiden naargelang ze betrekking hebben op een geheel of gedeeltelijk afwijzende meeromvattende beschikking in het kader van een eerste aanvraag om internationale bescherming of op een niet-ontvankelijkheidsbeslissing in het kader van een herhaalde aanvraag.

### a.) Beroep tegen een geheel of gedeeltelijk afwijzende meeromvattende beschikking in het kader van een eerste aanvraag om internationale bescherming

1051. Tegen geheel of gedeeltelijk afwijzende meeromvattende beschikkingen, genomen in het kader van een eerste aanvraag om internationale bescherming, moet een beroep bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen worden voorzien.

Dit beroep dient in overeenstemming te zijn met de geldende internationale en EU-normen, des te meer daar de geheel of gedeeltelijk afwijzende meeromvattende beschikkingen die door middel van een beroep worden bestreden, het gevolg zijn van een onderzoek in het kader van een humanitaire verblijfsprocedure, dat veelal betrekking heeft op aangevoerde schendingen van artikelen 3 en 8 EVRM.

1052. Bij verdedigbare grieven op grond van artikelen 3 en 8 EVRM geldt er een recht op toegang tot een daadwerkelijk rechtsmiddel. Zoals eerder uiteengezet werd, zijn de vereisten omtrent de daadwerkelijkheid van een rechtsmiddel onder artikel 13 EVRM in het kader van verdedigbare grieven onder artikelen 2 en 3 EVRM strikter dan bijvoorbeeld in het kader van artikel 8 EVRM.<sup>2301</sup> Niettemin, ook de combinatie van artikel 13 EVRM en artikel 8 EVRM vereist, wanneer er een verdedigbare grief aanwezig is, een daadwerkelijke mogelijkheid om een beslissing aan te vechten bij een bevoegde interne instantie en een voldoende grondig onderzoek te verkrijgen wat gepaard moet gaan met adequate procedurele waarborgen, zoals onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Deze daadwerkelijke mogelijkheid moet reëel zijn.<sup>2302</sup>

Hoewel volgens het EHRM de draagwijdte van de verplichting die artikel 13 EVRM op Staten doet wegen, varieert volgens de aard van de grief, wordt ervoor gekozen om in deze beroepsprocedure niet alleen een daadwerkelijk rechtsmiddel te voorzien dat een zelfde draagwijdte kent ongeacht de aard van de grief, maar ook te kiezen voor de striktere vereisten die artikel 13 EVRM stelt in het kader van verdedigbare grieven op grond van artikelen 2 en 3 EVRM. Gelijklopend daarmee wordt in de voorgestelde beroepsprocedure reeds rekening gehouden met de Procedurerichtlijn 2013, en in het bijzonder artikel 46 dat lidstaten verplicht te voorzien in een daadwerkelijk rechtsmiddel en daaraan een aantal concrete vereisten verbindt. Aangezien de humanitaire verblijfsprocedure in werking treedt door het indienen van een aanvraag om internationale bescherming en in de geheel of gedeeltelijke afwijzende meeromvattende beschikking, naast eventuele bijkomende beschermingsnoden, steeds uitspraak wordt gedaan over de nood aan internationale bescherming, dient het beroep tegen deze beschikking dan ook overeenkomstig artikel 46 van de Procedurerichtlijn 2013 plaats te vinden. Een tenuitvoerlegging van artikel 46 van de Procedurerichtlijn moet daarenboven in overeenstemming zijn met artikel 47 van het Handvest.

---

<sup>2301</sup> EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. Griekenland en België*, par. 293.

<sup>2302</sup> EHRM 15 april 2014, nr. 43875/09, *Asalya v. Turkije*, par. 83 en EHRM, Grote Kamer, 13 december 2012, nr. 22689/07, *Souza Ribeiro v. Frankrijk*, par. 93.

1053. Artikel 46 van de Procedurerichtlijn 2013 omvat drie grote beginselen die de daadwerkelijkheid van een rechtsmiddel waarborgen. Deze principes zijn: (i) een redelijke termijn voor het beroep, (ii) een volledige beoordeling *ex nunc, de jure* en *de facto* en (iii) het automatisch schorsend karakter van het beroep.

De toepassing van deze beginselen op de voorgestelde beroepsprocedure wordt hieronder besproken.

i) Redelijke termijnen voor het indienen van een beroep en het onderzoek ervan

1054. De Procedurerichtlijn 2013 bepaalt in artikel 31, lid 8, op exhaustieve wijze de gevallen waarin versnelde procedures mogen worden toegepast. Hierbij moet worden opgemerkt dat de vasthouding van een vreemdeling, krachtens de Procedurerichtlijn 2013, op zich geen grond is om een versnelde procedure toe te passen. Een versnelde procedure is wel mogelijk indien een vreemdeling een verzoek om internationale bescherming enkel doet teneinde de uitvoering van een eerdere of van een op handen zijnde beslissing tot verwijdering, uit te stellen of te verijdelen (artikel 31, lid 8, onder g).

Artikel 31, lid 9, stelt dat de termijnen die in versnelde procedures in eerste aanleg worden gehanteerd, redelijk moeten zijn. De termijnen kunnen ook worden overschreden indien dit noodzakelijk is met het oog op een behoorlijke en volledige behandeling van het verzoek om internationale bescherming. Voorts bepaalt de artikel 41, lid 2, dat lidstaten kunnen afwijken van de termijnen die normaal gelden voor versnelde procedures in het geval van een derde aanvraag om internationale bescherming of wanneer een herhaalde aanvraag wordt ingediend louter teneinde de uitvoering van een verwijderingsmaatregel te vertragen of te hinderen.

Het om te zetten artikel 46, lid 4, Procedurerichtlijn 2013 bepaalt dat de lidstaten redelijke termijnen en andere vereiste voorschriften vaststellen opdat de verzoeker zijn recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel kan uitoefenen. Artikel 46, lid 10, bepaalt verder dat lidstaten termijnen vastleggen voor het onderzoek door de rechterlijke instantie van de beslissingen van de beslissingsautoriteit. De Procedurerichtlijn geeft geen exacte termijnen aan. Wel wordt gesteld in artikel 46, lid 4, dat de termijnen voor uitoefenen van een recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel, d.i. het indienen van een beroep, dit recht niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken. Wat betreft de termijnen waarin uitspraak moet worden gedaan door de rechterlijke instanties, wordt aan lidstaten een zekere beleidsvrijheid gegeven.

RENEMAN argumenteert overtuigend dat artikel 46 Procedurerichtlijn 2013 moet worden begrepen en toegepast in het licht van artikel 13 EVRM en artikel 47 van het Handvest.<sup>2303</sup> Elders onderzoekt en analyseert zij nauwkeurig de rechtspraak van het EHRM en het HvJ inzake een daadwerkelijk rechtsmiddel. Zij betreft ook het effectiviteitsbeginsel, zoals toegepast in de rechtspraak van het HvJ, in haar analyse. Volgens vaste rechtspraak van het HvJ dienen de rechterlijke instanties van de lidstaten, als gevolg van het in artikel 4, lid 3, VEU neergelegde samenwerkingsbeginsel, de rechtsbescherming te verzekeren die voor de justitiabelen voortvloeit uit de rechtstreekse werking van het Unierecht. Indien een Unieregeling ontbreekt, dan is het een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat om de bevoegde rechter aan te wijzen en de procesregels te geven voor rechtsvorderingen die ertoe strekken, de rechten te beschermen die de justitiabelen aan de rechtstreekse werking van het Unierecht ontleen. Deze procedurele autonomie van lidstaten

---

<sup>2303</sup> M. RENEMAN, "Speedy Asylum Procedures in the EU: Striking a Fair Balance Between the Need to Process Asylum Cases Efficiently and the Asylum Applicant's EU Right to an Effective Remedy", *IJRL* 2014, 717-748.



mag de uitoefening van de door de Unie verleende rechten echter niet nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk maken.<sup>2304</sup>

Zij besluit dat artikel 13 EVRM, artikel 47 Handvest en het effectiviteitsbeginsel, de beleidsmarge voor lidstaten bij het bepalen van termijnen in asielprocedures (bv. inzake versnelde procedures in eerste aanleg, de termijnen voor het indienen van een beroep, de versnelde behandeling van een beroep) danig beperken.

De snelheid van de procedure mag de effectiviteit van het EU verbod op refoulement en het EU asielrecht, verankerd in artikelen 18 en 19 van het Handvest, immers niet ondermijnen, aangezien een snelle behandeling de nauwgezetheid van een onderzoek kan verhinderen.<sup>2305</sup> Voorts mogen korte termijnen de uitoefening van een recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken.

Uit de analyse van de rechtspraak van het EHRM en het HvJ blijkt dat termijnen redelijk en proportioneel moeten zijn. De vastgestelde termijnen of versnelde procedures moeten een legitiem doel nastreven en dit legitiem doel moet worden afgewogen tegen de nood aan een effectieve toegang tot de rechten verleend door Unierecht. Deze afweging moet plaats hebben zowel in *abstracto* als in *concreto*, wat wil zeggen dat rekening moet worden gehouden met de specifieke omstandigheden van een individueel geval. Een bepaalde termijn of een versnelde procedure kan dus in het algemeen redelijk zijn, maar onvoldoende zijn in de individuele omstandigheden van een bepaald geval.<sup>2306</sup> In die zin zou het dus mogelijk moeten zijn om termijnen te overschrijden indien dit noodzakelijk is met het oog op een behoorlijke en volledige behandeling van het verzoek om internationale bescherming.<sup>2307</sup>

RENEMAN betoogt dat deze afweging plaats moet hebben in een context waarbij wordt gekeken naar de algehele billijkheid (*'overall fairness'*) van de procedure (zowel in eerste

---

<sup>2304</sup> HvJ 16 december 1976, C-33/76, *Rewe*; HvJ 14 december 1995, C-312/93, *Peterbroeck e.a.*

<sup>2305</sup> Zie HvJ 31 januari 2013, C-175/11, *H.I.D. en B.A.*, par. 75: "De invoering van een procedure bij voorrang zoals die in het hoofdgeding moet ten volle de uitoefening waarborgen van de rechten die deze richtlijn aan de Nigeriaanse asielzoekers toekent. Laatstgenoemden moeten met name voldoende tijd krijgen om de noodzakelijke elementen tot staving van hun verzoek te verzamelen en in te dienen, zodat de beslissingsautoriteit deze verzoeken eerlijk en volledig kan behandelen en zich ervan kan vergewissen dat de verzoekers in hun land van oorsprong niet aan gevaren worden blootgesteld."

<sup>2306</sup> HvJ 28 juli 2011, nr. C-69/10, *Diouf*: "64. Nagegaan moet worden of het recht van de Unie zich verzet tegen een nationale regeling als aan de orde in het hoofdgeding, aangezien de keuze voor een versnelde procedure in plaats van een normale procedure verschillen met zich meebrengt, die in wezen hierop neerkomen dat de asielzoeker een minder gunstige behandeling krijgt wat het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel betreft, aangezien de betrokken verzoeker slechts binnen een termijn van veertien dagen beroep kan instellen en niet in aanmerking komt voor rechtspraak in dubbele aanleg."

65 In dit verband zij om te beginnen opgemerkt dat de verschillen in de nationale regeling tussen de versnelde procedure en de normale procedure, met name een verkorting van de beroepstermijn en het ontbreken van rechtspraak in twee instanties, verband houden met de aard van de ingestelde procedure. De in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepalingen beogen een snellere behandeling van ongegronde of niet-ontvankelijke asielverzoeken te waarborgen, om zo een meer doeltreffende behandeling mogelijk te maken van de verzoeken die zijn ingediend door personen die wél aanspraak op de vluchtelingenstatus kunnen maken.

66 Wat de omstandigheid betreft dat de beroepstermijn in het geval van een versnelde procedure veertien dagen is en in het geval van een beslissing volgens de normale procedure een maand, is het van belang dat de beschikbare termijn materieel volstaat voor de voorbereiding en instelling van een doeltreffend rechtsmiddel, zoals de advocaat-generaal in punt 63 van zijn conclusie heeft opgemerkt.

67 Wat versnelde procedures betreft, lijkt een beroepstermijn van veertien dagen in beginsel niet materieel ontoereikend voor de voorbereiding en instelling van een doeltreffend rechtsmiddel en lijkt deze volstrekt redelijk en evenredig ten opzichte van de betrokken rechten en belangen.

68 Zou die termijn in een bepaalde situatie, gelet op de omstandigheden, niet volstaan, dan staat het echter aan de nationale rechter om te beslissen of dit element op zich de toewijzing rechtvaardigt van het beroep dat indirect is ingesteld tegen de beslissing om het asielverzoek volgens een versnelde procedure te behandelen, zodat de betrokken rechter, met de toewijzing van het beroep, de behandeling van het verzoek volgens de normale procedure gelast."

<sup>2307</sup> EHRM 19 februari 1998, nr. 25894/94, *Bahaddar v. Nederland*, par. 45.

aanleg als in beroep)<sup>2308</sup> en waarbij eveneens rekening wordt gehouden met het feit dat het niveau van procedurele bescherming dat moet worden verleend afhankelijk is van het voorwerp en de kenmerken van de voorliggende zaak, bv. het beginsel van non-refoulement, de kwetsbaarheid van betrokkenen, de complexiteit van de zaak, enz.

Naast het gegeven dat de redelijkheid en proportionaliteit van het naleven van de wettelijke bepaalde termijnen zowel in *abstracto* als in *concreto* door de Raad in bepaald geval moet worden beoordeeld, lijkt me dat, naar aanleiding van de gegronde argumenten van RENEMAN, de termijnen die zou worden gehanteerd in een alomvattende humanitaire verblijfsprocedure, al dan niet versneld, moeten worden bepaald in het licht van het om te zetten van artikel 46 Procedurerichtlijn 2013, artikel 13 EVRM en artikel 47 Handvest.

ii) Het automatisch schorsend karakter van het beroep

1055. In overeenstemming met artikel 46, lid 5, van de Procedurerichtlijn 2013, dient het beroep dat kan worden aangewend tegen een geheel of gedeeltelijke afwijzende beschikking in het kader van een eerste aanvraag om internationale bescherming, te voorzien in een automatische schorsing van de werking en de gevolgen van de bestreden beschikking. Door het automatisch schorsend karakter van het beroep, heeft de vreemdeling tijdens de behandeling van het beroep een rechtmatig verblijf in België, waardoor hij de uitkomst van het beroep in België kan afwachten en beschermd is tegen verwijdering. De terugkeerverplichting ontstaat dan pas nadat de beroepsprocedure is beëindigd en er negatief wordt geoordeeld over het beroep.

1056. De Procedurerichtlijn 2013 laat toe dat van dit automatisch schorsend karakter van het beroep kan worden afgeweken in bepaalde situaties, bijvoorbeeld wanneer het betrekking heeft tot niet-ontvankelijkheidsbeslissingen of tot aanvragen die als kennelijk ongegrond worden beschouwd. Er moet dan ter compensatie wel worden voorzien in een automatisch schorsend beroep bij een rechterlijke instantie, op verzoek of ambtshalve, die zich kan uitspreken over de vraag of de verzoeker om internationale bescherming op het grondgebied van de lidstaat mag blijven, indien de asielbeslissing resulteert in een beëindiging van het recht van de verzoeker om in de lidstaat te blijven (art. 46, lid 6 en 8). Bij de toepassing van grensprocedures, of indien de betrokken vreemdeling een NBM is of een persoon met nood aan bijzondere procedurele behoeften, gelden er dan ook nog extra waarborgen indien er wordt afgeweken van het automatisch schorsend karakter van het beroep tegen de asielbeslissing. Er dienen dan met name de nodige tolkdiensten en rechtsbijstand te worden verleend. De betrokken vreemdeling dient minstens één week tijd te krijgen om een automatisch schorsend beroep in te dienen bij een rechterlijke instantie om, in afwachting van het beroep tegen de asielbeslissing, het recht te verkrijgen om op het grondgebied te verblijven. Deze rechterlijke instantie dient daarbij de feitelijke en juridische aspecten van de asielbeslissing te onderzoeken (art. 46, lid 7 en art. 25, lid 5, in fine alsook art. 24, lid 3). Indien deze extra waarborgen niet worden verleend, dan dient het beroep tegen de asielbeslissing toch een automatisch schorsend karakter te verkrijgen.

1057. Om de daadwerkelijkheid van het beroep te waarborgen, meen ik dat er geen uitzonderingen mogen worden gemaakt op het automatisch schorsend karakter van het beroep tegen gedeeltelijke of geheel afwijzende beschikking in het kader van een eerste herhaalde aanvraag. Volgens de Procedurerichtlijn 2013 moet bij afwijking ervan sowieso worden voorzien in een automatisch schorsend beroep met betrekking tot de vraag of de verzoeker op het grondgebied mag blijven. Daarbij geldt de nuancering dat voor bepaalde

---

<sup>2308</sup> Zie in dezelfde zin EHRM 26 april 2007, nr. 25389/05, *Gebremedhin v. Frankrijk*, par. 53.

categorieën van verzoekers in extra waarborgen moet worden voorzien, zoals het onderzoek naar de feitelijke en juridische aspecten van de bestreden beschikking. Kiezen voor zulk systeem betekent in de praktijk wederom een verdubbeling van het aantal beroepsprocedures en compliceert de daadwerkelijke toegang tot een rechter die zich over de inhoud van het verzoek of een aangevoerde grief kan uitspreken, wat in het kader van een nauwgezette controle op de beslissing inzake een eerste aanvraag toch van groot belang is. Het draagt m.i. niet bij tot een vereenvoudiging van procedures noch bevordert het de efficiëntie ervan. Indien de wetgever misbruik bij het indienen van verzoeken om internationale bescherming wil tegengaan dan kan dit doel ook bereikt worden door te voorzien in een versnelde behandeling van het beroep met automatisch schorsend effect tegen de geheel of gedeeltelijk afwijzende beschikking.<sup>2309</sup>

iii) Een volledig en ex nunc onderzoek van alle feitelijke en juridische gronden

1058. In overeenstemming met artikel 46, lid 3, van de Procedurerichtlijn 2013 houdt de rechterlijke toetsing van de Raad ten aanzien van beroepen tegen een geheel of gedeeltelijk afwijzende meeromvattende beschikking in dat er een volledig en *ex nunc*-onderzoek plaatsvindt naar zowel de feitelijke als de juridische gronden van de beschikking. De rechterlijke toetsing houdt dus niet enkel in dat wordt nagegaan of de relevante wettelijke normen werden gerespecteerd. Er dient ook een feitenonderzoek plaats te vinden. Dit feitenonderzoek omvat een vaststelling van de juiste feiten die aan de grondslag van het geschil liggen. Het feitenonderzoek moet volledig, strikt en aandachtig zijn alsook *ex nunc*. De *ex nunc*-vaststelling van de feiten vereist derhalve een mogelijkheid tot het voorleggen van eventuele nieuwe bewijselementen en verplicht de Raad tot een onderzoek en een uitspraak op basis van de actuele toestand van de verzoeker.

1059. Om een volledige en *ex nunc*-vaststelling van de feiten te garanderen, moet er worden voorzien in een bepaling die het aanbrengen van nieuwe elementen toelaat. Het aanbrengen van nieuwe elementen moet zo efficiënt en eenvoudig mogelijk gebeuren. Er bestaat immers het risico dat wanneer het aanbrengen van nieuwe elementen afhankelijk is van het volbrengen van allerhande procedurele formalismen, de daadwerkelijkheid van het rechtsmiddel, inclusief het volledig en *ex nunc*-onderzoek van de inhoud, en dus de feitelijke gronden, in het gedrang komt. Indien nieuwe elementen worden voorgelegd tijdens de procedure bij de Raad door een partij, dient de mogelijkheid te worden gegeven aan de andere partij om zich daarvoor uit te spreken, alvorens de Raad een uitspraak doet, ongeacht de omvang van de rechterlijke toets door de Raad. Dit is niet enkel aangewezen in het kader van de rechten van verdediging en het recht op tegenspraak. Ongeacht of de Raad een meer terughoudende dan wel vollere of ruime rechterlijke controle uitoefent, biedt dit de mogelijkheid aan het bestuur om zich eerst over de nieuwe elementen te buigen vooraleer de Raad deze nieuwe elementen meeneemt in zijn beoordeling van het geschil. De administratie dient eerst zelf een oordeel te geven over de nieuwe feiten of omstandigheden alvorens de Raad dat doet. De administratie moet de Raad zo spoedig mogelijk schriftelijk laten weten of de nieuwe gegevens een bepaalde weerslag kennen, met name een aanleiding vormen voor de handhaving, de wijziging of de intrekking van bepaalde onderdelen van de geheel of gedeeltelijk afwijzende meeromvattende beschikking. De Raad kan daarvoor een termijn stellen. Reageert de administratie niet op het verzoek van de Raad, dan kan de Raad daaruit de nodige gevolgtrekkingen afleiden.

---

<sup>2309</sup> Zie in deze zin ook GwH 16 januari 2014, nr. 1/2014, B.12.

1060. Houdt het volledig en *ex nunc*-feitenonderzoek in het licht van artikelen 3 en 13 EVRM ook een eigen onderzoeksbevoegdheid in? Uit de zaak *Singh* en de zaak *R.C.*<sup>2310</sup> leidt BALDINGER af dat wanneer het aangevoerde bewijs bepaalde vragen onbeantwoord laat, de nationale administratieve en rechterlijke overheden de nodige antwoorden dienen te vinden door onderzoeksbevoegdheden toe te passen.<sup>2311</sup> Er kan echter even goed worden geargumenteed dat wanneer essentiële elementen ontbreken die inhouden dat de nationale rechterlijke overheid niet kan komen tot een ten gronde beoordeling van de aangevoerde grief, een vernietigingsbevoegdheid met een terugzending van de zaak naar de bevoegde nationale administratie soelaas kan brengen omdat daardoor, in lijn met de rechtspraak van het EHRM, eveneens passend herstel wordt verleend. Zoals eerder gesteld, mocht de onafhankelijkheid van het CGVS worden verlaten, dan lijkt een aanvullende onderzoeksbevoegdheid voor de Raad niettemin aangewezen.

1061. Dit volledig en *ex nunc*-onderzoek mag niet worden beperkt tot die bestanddelen van de bestreden beschikking die betrekking hebben op de nood aan internationale bescherming. Een daadwerkelijk rechtsmiddel vereist in de bredere context van humanitaire migratie en bijkomende beschermingsnoden dat de Raad ook met betrekking tot de andere bestanddelen van de bestreden beschikking kan overgaan tot een *ex nunc*-toetsing. Er moet dus altijd een mogelijkheid zijn om nieuwe gegevens aan te voeren die relevant zijn voor de bestreden beschikking, ongeacht of deze betrekking hebben tot de beslissing inzake internationale bescherming of de erkenning van staatloosheid of op de onderdelen van de beschikking die betrekking hebben tot de afwijzing van een ambtshalve verlening van een verblijfsstatus of de ambtshalve verlenging van de vrijwillige vertrektermijn of het tijdelijk uitstel van de verwijdering. Het beroep tegen een afwijzing van een ambtshalve verlening van een verblijfsstatus of een verlenging van de vertrektermijn of uitstel van verwijdering kan immers mogelijk verband houden met artikel 3 van het EVRM of met artikel 8 EVRM. Beide bepalingen vereisen een nauwgezet en volledig (d.i. *ex nunc*) onderzoek. Hierdoor wordt gewaarborgd dat nieuwe elementen of gegevens of nieuwe ontwikkelingen kunnen worden meegenomen in de beoordeling van een eventuele non-refoulementverplichting of in de beoordeling van de proportionaliteit van de bestreden beschikking ten aanzien van het recht op eerbiediging van het gezins- en privéleven.<sup>2312</sup> Aangezien de geheel afwijzende meeromvattende beschikking het land dient aan te duiden waarnaar de terugkeerverplichting geldt, is de Raad zodoende in staat om de behandeling van het beroep op concrete wijze af te doen op basis van het vereiste *ex nunc* en volledig onderzoek.

#### *iv) Reikwijdte en intensiteit van de rechterlijke controle*

1062. Ik pleit er voor om, in de Belgische context van een alomvattende humanitaire verblijfsprocedure, te voorzien in een beroep dat een volledig en *ex nunc*-onderzoek van alle feitelijke en juridische gronden toelaat. Het argument was dat een dergelijke toetsing niet mag worden beperkt tot die bestanddelen van de bestreden beschikking die betrekking hebben op de nood aan internationale bescherming. Een daadwerkelijk rechtsmiddel vereist in de bredere context van de humanitaire migratie en bijkomende beschermingsnoden dat de Raad ook met betrekking tot de andere bestanddelen van de bestreden beschikking kan overgaan

---

<sup>2310</sup> EHRM 9 maart 2010, nr. 41827/07, *R.C. v. Zweden*.

<sup>2311</sup> D. BALDINGER, *Rigorous Scrutiny versus Marginal Review, Standards on judicial scrutiny and evidence in International and European asylum law*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2013, 210.

<sup>2312</sup> EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. Griekenland en België*, par. 293, 387 en 389; EHRM 20 december 2011, nr. 10486/10, *Yoh-Ekale Mwanje v. België*, par. 105 en 107. EHRM 20 september 2002, nr. 50963/99, *Al-Nashif v. Bulgarije*, par. 133; EHRM 2 september 2010, nr. 1537/08, *Kaushal e.a. v. Bulgarije*, par. 35; EHRM 20 september 2011, nr. 8000/08, *A.A. v. Verenigd Koninkrijk*, par. 67 en EHRM 23 juni 2008, nr. 1638/03, *Maslov v. Oostenrijk*, par. 93.

tot een *ex nunc*-toetsing, gezien de verbondenheid van bijkomende beschermingsnoden met artikelen 3 en 8 EVRM.

De vraag stelt zich nu naar de reikwijdte en de intensiteit van de rechterlijke wettigheidscontrole in het kader van deze alomvattende humanitaire verblijfsprocedure.

Een beantwoording van deze vraag ligt in de eerste plaats in de Procedurerichtlijn 2013. De preambule van deze richtlijn geeft duidelijk aan te bevorderen dat artikel 47 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie wordt toegepast en dat de richtlijn overeenkomstig wordt uitgevoerd.<sup>2313</sup> Artikel 47 waarborgt het “*Recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht*” en luidt:

*“Eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, heeft recht op een doeltreffende voorziening in rechte, met inachtneming van de in dit artikel gestelde voorwaarden.*

*Eenieder heeft recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld. Eenieder heeft de mogelijkheid zich te laten adviseren, verdedigen en vertegenwoordigen.*

*Rechtsbijstand wordt verleend aan diegenen die niet over toereikende financiële middelen beschikken, voorzover die bijstand noodzakelijk is om de daadwerkelijke toegang tot de rechter te waarborgen eveneens beschikbaar moet zijn.”*

De preambule verduidelijkt dan ook dat krachtens een fundamenteel beginsel van het Unierecht een daadwerkelijk rechtsmiddel voor een rechterlijke instantie moet opstaan tegen beslissingen inzake een verzoek om internationale bescherming.<sup>2314</sup>

1063. Volgens de toelichtingen bij het Handvest correspondeert artikel 47 niet alleen met artikel 13 EVRM maar ook met artikel 6, lid 1, EVRM, wat door het Hof van Justitie werd bevestigd.<sup>2315</sup> Hoewel het EHRM eerder oordeelde dat artikel 6 EVRM niet van toepassing is op asiel- en immigratiezaken<sup>2316</sup> is artikel 47 Handvest wel van toepassing op alle rechten en verplichtingen die voortvloeien uit het Unierecht, inclusief de EU-asiel- en migratiewetgeving (secundair recht) alsook het recht op asiel en het recht op non-refoulement zoals gewaarborgd door het Handvest zelf (primaire recht). Middels artikel 47 Handvest, waarmee krachtens artikel 51, lid 1, Handvest rekening moet gehouden worden bij het uitvoeren van het Unierecht, heeft artikel 6 EVRM dan ook onrechtstreeks invloed op het begrip ‘daadwerkelijk rechtsmiddel’, zoals ingeschreven in de Procedurerichtlijn 2013. Via het Unierecht worden de waarborgen die volgen uit de rechtspraak omtrent artikel 6 EVRM alsnog van toepassing op asiel- en migratiezaken.

Belangrijk is het om verder te onderstrepen dat artikel 52, lid 3 *juncto* artikel 53 van het Handvest bepalen dat voor zover dit Handvest rechten bevat die corresponderen met rechten die zijn gegarandeerd door het EVRM, de inhoud en reikwijdte ervan *minstens* dezelfde zijn als die welke er door het EVRM aan worden toegekend. Het Handvest laat met andere woorden toe dat er wordt afgeweken van het EVRM en bijhorende rechtspraak indien dit zou leiden tot een betere bescherming van fundamentele rechten.<sup>2317</sup> Het gegeven dat artikel 47 Handvest correspondeert met artikelen 13 en 6 EVRM, tast, in het kader van artikel 52 van het

---

<sup>2313</sup> Overweging nr. 60, Preambule, Richtl. 2013/32/EU.

<sup>2314</sup> Overweging 50, Preambule, Richtl. 2013/32/EU.

<sup>2315</sup> Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten, toelichting ad artikel 52, *Pb.C.* 14 december 2007, afl. 303. HvJ 8 december 2011, nr. C-386/10P, *Chalkor AE Epexergaslas Metallon*, par. 51.

<sup>2316</sup> EHRM 5 oktober 2000, nr. 39652/98, *Maaouia v. Frankrijk*, par. 33-41.

<sup>2317</sup> Dit is dan weer niet in tegenstrijd met het EVRM, aangezien artikel 53 EVRM verdragsluitende staten de mogelijkheid geeft om personen die zich onder hun rechtsmacht bevinden een ruimere bescherming toe te kennen dan dewelke voorzien en vereist is door het EVRM.

Handvest, de autonomie van het Hof van Justitie immers niet aan waardoor ruimere bescherming dan voorzien in het EVRM kan worden geboden.<sup>2318</sup>

1064. Eerder werd reeds aangegeven dat de onderzoeksverplichting onder artikelen 3 en 13 EVRM minstens betekent dat de feiten op indringende wijze moeten worden vastgesteld. Het Hof heeft daarbij aangegeven dat een meer terughoudende rechterlijke controle, bijvoorbeeld in het kader van een redelijkheidstoets, als een daadwerkelijk rechtsmiddel kan worden aangemerkt indien de inhoud van de grief nauwgezet wordt onderzocht en passend herstel kan worden verleend door middel van een vernietiging van de beslissing.<sup>2319</sup>

1065. Om de omvang van de vereiste rechterlijke toetsing onder artikel 6 EVRM te duiden, hanteert het EHRM het begrip ‘volle rechtsmacht’ (*full jurisdiction*).<sup>2320</sup> Er bestaat geen precieze definitie omtrent de juiste inhoud van het begrip ‘volle rechtsmacht’. Het Hof hanteert een standaardformule (*“the power to quash in all respects, on questions of fact and law, the decision of the body below”*)<sup>2321</sup> waarin twee aspecten worden vermeld, namelijk een controle op de feiten en een controle op de regelgeving. Uit de rechtspraak van het EHRM volgt derhalve dat de rechter een volledige controle moet uitoefenen zowel ten aanzien van rechtsvragen als ten aanzien van een feitenvaststelling.

Voorts kan uit de rechtspraak van het EHRM worden afgeleid dat ‘volle rechtsmacht’, in het kader van administratieve bestuursbeslissingen en afhankelijk van de beoordelingsvrijheid van het bestuur, minstens een beperkte wettigheidscontrole inhoudt, zoals een redelijkheidstoets of een toets aan andere beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>2322</sup> In deze beperkte wettigheidscontrole treedt de rechter niet in op beleidsvragen, doch gaat hij slechts na of de bestuursbeslissing op de juiste manier tot stand is gekomen en of de overheid in het gegeven geval in redelijkheid kon handelen. De rechter respecteert daarmee de discretionaire beleidsmarge van de overheid wiens besluit wordt getoetst en stelt zich niet in de plaats van het bestuur.

1066. Of de rechter ook moet overgaan tot een ‘volle’ toetsing waarbij hij de zaak ten gronde en op finale wijze beslecht door de zaak aan geheel nieuw onderzoek te onderwerpen en zijn eigen oordeel in de plaats stelt van deze van het bestuur, is minder duidelijk. In de latere rechtspraak stelde het Hof dat aan de vereiste van ‘volle rechtsmacht’ is voldaan indien wordt vastgesteld dat de rechterlijke instantie ‘voldoende rechtsmacht’ heeft uitgeoefend op het onderhavige geschil: *“Both the Commission and the Court have acknowledged in their case-law that the requirement that a court or tribunal should have “full jurisdiction” will be satisfied where it is found that the judicial body in question has exercised “sufficient jurisdiction” or provided “sufficient review” in the proceedings before it (see, amongst many authorities, Zumtobel v. Austria, 21 September 1993, § §§ 31-32, Series A no. 268-A; Bryan, cited above, §§ 43-47; Müller and others v. Austria (dec.), no. 26507/95, 23 November 1999; and Crompton v. the United Kingdom, no. 42509/05, §§ 71 and 79, 27 October 2009”*.<sup>2323</sup>

Door deze benadering houdt het Hof rekening met het feit dat inzake administratieve beroepen de omvang van de rechterlijke toets in de verdragssluitende Staten veelal beperkt is:

---

<sup>2318</sup> Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten, toelichting ad artikel 52, *Pb.C.* 14 december 2007, afl. 303, 33. De reikwijdte van de bepalingen van het Handvest wordt niet alleen bepaald door het EHRM maar ook door de rechtspraak van het Hof van Justitie.

<sup>2319</sup> EHRM 6 maart 2001, nr. 45276/99, *Hilal v. Verenigd Koninkrijk*, par. 75-78.

<sup>2320</sup> EHRM 10 februari 1982, nrs. 7299/75 en 7496/76, *Albert en Le Compte v. België*, par. 29.

<sup>2321</sup> EHRM 23 oktober 1995, nr. 15963/90, *Gradinger v. Oostenrijk*, par. 44; EHRM 23 oktober 1995, nr. 15523/89, *Schmautzer v. Oostenrijk*, par. 36.

<sup>2322</sup> EHRM 22 november 1995, nr. 19178/91, *Bryan v. Verenigd Koninkrijk*, par. 47.

<sup>2323</sup> EHRM 21 juli 2011, nrs. 32181/04 en 35122/05, *Sigma Radio and Television Ltd v. Cyprus*, par. 152.

*“In adopting this approach the Convention organs have had regard to the fact that it is often the case in relation to administrative law appeals in the Member States of the Council of Europe, that the scope of judicial review over the facts of a case is limited and that it is the nature of review proceedings that the reviewing authority reviews the previous proceedings, rather than taking factual decisions.”*<sup>2324</sup>

GEERTSEMA verwoordt het zo: *“Het EHRM overweegt herhaaldelijk dat in het bestuursrecht met name ten aanzien van de feitenkwalificatie de bestuurlijke beslissingsruimte een terughoudender toetsing door de nationale rechter kan vragen. De rechterlijke toetsing geeft dan uiting aan het evenwicht dat moet worden gevonden tussen de individuele rechtsbescherming en de vrijheid die het bestuur moet hebben om haar taken naar behoren te kunnen uitoefenen.”*<sup>2325</sup>

Het Hof benadrukt derhalve dat ‘voldoende rechtsmacht’ in de zin van artikel 6 EVRM niet steeds inhoudt dat de rechterlijke instantie zijn eigen oordeel finaal in de plaats kan stellen van deze van de nationale overheid: *“It can be derived from the relevant case-law that it is not the role of Article 6 of the Convention to give access to a level of jurisdiction which can substitute its opinion for that of the administrative authorities.”*<sup>2326</sup>

1067. Het EHRM hanteert geen algemene regels die concreet aangeven wanneer de omvang van de rechterlijke toetsing voldoende is in de zin van artikel 6 EVRM. Dit heeft te maken met de zaak-specifieke benadering die het EHRM hanteert. Het Hof geeft aan dat *“Whether the review carried out is sufficient for the purposes of Article 6 will very much depend on the circumstances of a given case: the Court will confine itself as far as possible to examining the question raised in the case before it and to determining if, in that particular case, the scope of the review was adequate.”*<sup>2327</sup> Deze precieze inhoud van het begrip ‘volle rechtsmacht’ is niet alleen afhankelijk van de specifieke omstandigheden van de zaak maar ook van volgende criteria: (i) het onderwerp van de bestreden beslissing; (ii) de manier waarop deze beslissing tot stand kwam; en (iii) de inhoud van het geschil, inbegrepen de effectieve en gewenste middelen in beroep.<sup>2328</sup> Gezien de zaakspecifieke rechtspraak van het Hof, raakt de rechtsleer het dan ook niet eens of volle rechtsmacht in de zin van artikel 6 EVRM een ‘volle’ toetsing inhoudt<sup>2329</sup>, enerzijds, dan wel of artikel 6 EVRM slechts een marginale toetsing betreft<sup>2330</sup>, anderzijds.

1068. Aangezien artikel 6 EVRM volgens het Hof niet van toepassing is op asiel- en immigratiezaken is het dan ook moeilijk in te schatten welke zaakspecifieke benadering het Hof hier zou hanteren en hoe het begrip ‘volle rechtsmacht’ zou worden ingevuld of wat vereist is om vast te stellen dat de omvang van de rechterlijke toetsing in asiel- en immigratiezaken voldoende is. BALDINGER argumenteert dat geschillen die verband houden met artikel 3 EVRM, dat een fundamenteel en absoluut recht betreft, of met artikel 8 EVRM, dat een belangenafweging vereist, van groot individueel belang zijn en niet van technische aard. Zij meent dat de vereiste van een onafhankelijk en nauwgezet onderzoek onder artikel 13 EVRM, de vereiste van volle rechtsmacht onder artikel 6 EVRM versterkt.<sup>2331</sup>

---

<sup>2324</sup> EHRM 21 juli 2011, nrs. 32181/04 en 35122/05, *Sigma Radio and Television Ltd v. Cyprus*, par. 153.

<sup>2325</sup> K. GEERTSEMA, “Toetsing oordeel geloofwaardigheid van het asielrelaas: Terughoudendheid in soorten en maten”, *A&MR* 2012, 254.

<sup>2326</sup> EHRM 21 juli 2011, nrs. 32181/04 en 35122/05, *Sigma Radio and Television Ltd v. Cyprus*, par. 153.

<sup>2327</sup> EHRM 21 juli 2011, nrs. 32181/04 en 35122/05, *Sigma Radio and Television Ltd v. Cyprus*, par. 155.

<sup>2328</sup> EHRM 21 juli 2011, nrs. 32181/04 en 35122/05, *Sigma Radio and Television Ltd v. Cyprus*, par. 154.

<sup>2329</sup> Zie in deze zin A.-S. VANDAELE, *De volle rechtsmacht bij de beoordeling van bestuurshandelingen – De rechtsmacht van de Raad van State in het annulatiecontentieux*, Brugge, die Keure, 2014, 46 e.v. Zie in deze zin ook EHRM 26 april 1995, nr. 16922/90, *Fischer v. Oostenrijk*, *dissenting opinion* van rechter Martens.

<sup>2330</sup> G. DEBERSAQUES, “De (volle) rechtsmacht van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen”, *TBP* 2012, 279 met verwijzingen naar gelijkaardige rechtsleer in de voetnoten.

<sup>2331</sup> D. BALDINGER, *Rigorous Scrutiny versus Marginal Review, standards on judicial scrutiny and evidence in International and European asylum law*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2013, 224-225.

Ook het Hof van Justitie heeft zich nog niet uitgesproken over de concrete intensiteit van de rechterlijke controle in asielzaken. Uit de zaak *Diouf* volgt enkel dat de nationale rechter gehouden is tot een grondige toetsing van de asielaanvraag, maar er wordt verder niet uiteengezet wat deze “grondige toetsing” juist inhoudt.<sup>2332</sup> Uit rechtspraak van het Hof van Justitie in andere domeinen blijkt wel dat in complexe zaken de nationale bestuursoverheden een discretionaire vrijheid genieten en dat de rechterlijke controle eerder beperkt wordt opgevat. Anderszijds blijkt uit de rechtspraak dat deze beperkte rechterlijke controle daarom niet minder nauwgezet moet zijn.<sup>2333</sup>

Er kan worden geargumenteed dat de reikwijdte en intensiteit van de rechterlijke controle zal variëren afhankelijk van de beoordelingsvrijheid van het bestuur inzake asiel en migratie. Indien het bestuur gebonden is door wettelijke, grondwettelijke, Europees- of internationaalrechtelijke normen, dan lijkt de controle van de rechter meer ingrijpend en ruimer omdat juist dit normenkader het toelaat en vereist. Indien het bestuur veel discretionaire vrijheid heeft, dan zal de wettelijkheidscontrole van de rechter beperkter zijn.

1069. Teruggrijpend naar secundair EU-recht, specificeert artikel 46, lid 3, van de Procedurerichtlijn 2013 dat het volledig en *ex nunc*-onderzoek van de feitelijke en juridische gronden dient te gebeuren “*met inbegrip van, indien van toepassing, een onderzoek van de behoefte aan internationale bescherming overeenkomstig Richtlijn 2011/95/EU*”. Dit onderzoek naar de behoefte aan internationale bescherming impliceert m.i. in wezen een eigen ‘volle’ beoordeling van de vastgestelde feiten in het licht van de normen die gelden voor de erkenning van internationale bescherming. Het lijkt te wijzen op een bevoegdheid voor een rechter om het geschil finaal te beslechten door zijn eigen oordeel over de behoefte aan internationale bescherming in de plaats te stellen van deze van de bevoegde overheid. De woorden “indien van toepassing” lijken te suggereren dat dit niet nodig is wanneer er geen administratief onderzoek ten gronde heeft plaatsgevonden maar enkel een ontvankelijkheidsonderzoek.

1070. Men zou kunnen argumenteren dat een ruime rechterlijke wettigheidscontrole steeds moet gelden ten aanzien van al die bestanddelen van de bestreden beschikking die betrekking hebben op de nood aan internationale bescherming. De administratie is in dit kader immers bij uitstek gebonden door wettelijke, grondwettelijke, Europees- of internationaalrechtelijke normen die een ruime rechterlijke toetsing vereisen. Zoals reeds aangegeven wordt deze ruime rechterlijke toets van de Raad eveneens gegrond op het feit dat de erkenning van de internationale beschermingsstatus declaratief is naar de status toe ten aanzien van de toelating tot verblijf en vestiging.<sup>2334</sup> Eenzelfde argument kan worden gehanteerd ten aanzien van betwistingen omtrent staatloosheid, aangezien in de voorgestelde humanitaire verblijfsprocedure de erkenning van staatloosheid declaratief is naar de status toe ten aanzien van de toelating tot verblijf en vestiging.

1071. Eerder werd erop gewezen dat wat betreft geschillen inzake de aanvraag om internationale bescherming de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen de aanvraag, in haar geheel, aan een nieuw onderzoek onderwerpt en uitspraak doet over de grond van de zaak. Dit specifiek beroep bij de Raad heeft derhalve devolutive werking daar in wezen de zaak is

---

<sup>2332</sup> HvJ 28 juli 2011, nr. C-69/10, *Diouf*, par. 56.

<sup>2333</sup> HvJ 15 februari 2005, C-12/03 P, *Laval*, par. 39 ; HvJ 21 januari 1999, C-120/97, *Upjohn Ltd.*, par. 34. Zie een bespreking van deze zaken in ECRE AND DUTCH REFUGEE COUNCIL, *The application of the EU Charter of Fundamental Rights to asylum procedural law*, oktober 2014, 154-155.

<sup>2334</sup> Wetsontwerp tot hervorming van de Raad van State en tot oprichting van een Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2005-2006, doc. nr. 51-2479/001, 94.



overgegaan met al de feitelijke en juridische vragen die ermee samenhangen, inclusief nieuwe elementen die worden voorgelegd. De Raad is in zijn onderzoek wel beperkt tot de aangehaalde middelen zoals die zijn uiteengezet in het inleidende verzoekschrift.

Deze ruime rechterlijke toets geldt zowel ten aanzien van beslissingen ten gronde inzake internationale bescherming alsook ten aanzien van bepaalde beslissingen tot niet-inoverwegingneming, met name beslissingen die betrekking hebben op aanvragen uit veilige landen van herkomst of meervoudige aanvragen.<sup>2335</sup>

Deze ruime rechterlijke toets door de Raad inzake aanvragen om internationale bescherming lijkt aldus te voldoen aan wat wordt vereist in artikel 46, lid 3, van de Procedurerichtlijn 2013.

Tegen andere beslissingen van het CGVS tot niet-inoverwegingneming van een asielaanvraag ingediend door een Unieburger<sup>2336</sup> of van een vreemdeling die al een vluchtelingenstatus heeft verkregen in een lidstaat van de EU<sup>2337</sup> en de zgn. technische weigeringen door het CGVS<sup>2338</sup>, staat enkel een annulatieberoep bij de Raad open.<sup>2339</sup> Dit strookt niet met de vereiste van een volledig en *ex nunc*-onderzoek van zowel de feitelijke als juridische gronden zoals neergelegd in artikel 46, lid 3, van de Procedurerichtlijn 2013. De rechterlijke controle door de Raad zal hier dus moeten worden uitgebreid, idealiter naar de ruime rechterlijke controle die geldt voor de meeste beslissingen inzake internationale bescherming. Het verschil in behandeling tussen de verschillende beslissingen inzake de internationale bescherming lijkt m.i. niet redelijk verantwoord.

1072. Wat betreft de overige onderdelen van de meeromvattende beschikking die betrekking heeft tot de afwijzing van een ambtshalve verlening van een verblijfsstatus of de afwijzing van de ambtshalve verlenging van de vrijwillige vertrektermijn of het tijdelijk uitstel van de verwijdering, kan men opteren voor een meer terughoudend rechterlijk wettigheidstoezicht, daar deze onderdelen van de beschikking strikt genomen niet vallen onder het toepassingsgebied van de Procedurerichtlijn 2013. Men kan argumenteren dat een terughoudend wettigheidstoezicht op de voornoemde bestanddelen van de bestreden beschikking volstaat, zolang er een volledig en *ex nunc*-onderzoek van alle feitelijke en juridische gronden plaatsvindt. Zoals eerder aangegeven, kunnen deze onderdelen van de beschikking worden gezien als uiting van de beleidsvrijheid van de overheid in het kader van zijn prerogatief inzake migratiecontrole, met name het al dan niet toekennen van een verblijf, en worden zij dus geacht een constitutief karakter te hebben. Deze meer terughoudende controle kan plaatsvinden in het kader van een redelijkheidstoets, een zorgvuldigheidstoets of een motiveringstoets. Het redelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het materiële motiveringsbeginsel laten, als beginselen van behoorlijk bestuur, alle aspecten van interne (materiële) wettigheid te controleren.<sup>2340</sup> De feitenvaststelling in het kader van het wettigheidstoezicht van de Raad is niet beperkend, zeker niet in het vereiste kader van een *ex nunc*-toetsing van alle feitelijke en juridische gronden. De feitencontrole houdt, volgens DEBERSAQUES, in dat de Raad het bestaan van de feiten nagaat en deze toetst aan de van toepassing zijnde rechtsregels om zich een oordeel te vormen of ten gevolge van die feiten, inclusief nieuwe feiten, geen schending van de betrokken rechtsregels heeft plaatsgevonden.<sup>2341</sup> Aan de Raad wordt het onderzoek naar de gehele feitelijke toedracht van

---

<sup>2335</sup> Art. 39/2, § 1, tweede lid, 3°, Vreemdelingenwet.

<sup>2336</sup> Art. 57/6, eerste lid, 2°, Vreemdelingenwet.

<sup>2337</sup> Art. 57/6/3 Vreemdelingenwet.

<sup>2338</sup> Art. 52, § 2, 3° tot 5°, § 3, 3°, § 4, 3°, en art. 57/10 Vreemdelingenwet.

<sup>2339</sup> Art. 39/2, § 1, derde lid, en § 2, Vreemdelingenwet.

<sup>2340</sup> A.-S. VANDAELE, *De volle rechtsmacht bij de beoordeling van bestuurshandelingen – De rechtsmacht van de Raad van State in het annulatiecontentieux*, Brugge, die Keure, 2014, 60.

<sup>2341</sup> G. DEBERSAQUES, en S. VERBEYST, "De omrekening van de Europeesrechtelijke "daadwerkelijke rechtsbescherming" in het Belgische vreemdelingenrecht", noot bij GwH 16 januari 2014, nr. 1/2014, *T. Vreemd.* 2014, 209.

de zaak niet ontzegd.<sup>2342</sup> In die zin zou de Raad een schending van de materiële motiveringsplicht of de zorgvuldigheidsplicht, die overigens in het kader van een aangevoerde grief inzake artikelen 3 en 8 EVRM een nauwgezet onderzoek vergt, kunnen vaststellen.

1073. Door middel van het materiële motiveringsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel is een controle op de beleidsvrijheid van het bestuur wel mogelijk, zij het dan beperkt of marginaal. Het betreft een toets aan de ‘kennelijke onredelijkheid’. Dit begrip brengt de wijze tot uiting waarop de rechter de bestuurlijke beslissing op zijn redelijkheid beoordeelt, dit is namelijk met de terughoudendheid die de discretionaire bevoegdheid van het bestuur vereist.<sup>2343</sup> De Raad dient dus een zekere reserve te betonen en hij kan dan ook niet het oordeel van het bestuur overdoen. Wel kan de Raad het oordeel onwettig bevinden wanneer het tegen alle redelijkheid ingaat, doordat de door het bestuur geponeerde verhouding tussen beslissing en feiten in werkelijkheid volkomen ontbreekt<sup>2344</sup>, m.a.w. wanneer het bestuur manifest de grenzen te buiten is gegaan van wat redelijk is. In het licht van de rechtspraak omtrent artikel 13 EVRM lijkt een dergelijke redelijkheidstoets te volstaan voor zover er ruimte is voor een nauwgezet en *ex nunc*-onderzoek van de feiten en de Raad tot de onwettigheid van de beschikking kan besluiten omdat de beslissing manifest onredelijk is daar, bijvoorbeeld op grond van nieuwe elementen, een ernstig risico wordt vastgesteld op een schending van artikelen 3 of 8 EVRM. Een dergelijke vernietiging na een *ex nunc*-onderzoek gaat al meer in de richting van een zgn. definitieve geschillenbeslechting, maar houdt in wezen nog steeds in dat de zaak teruggaat naar de administratie voor een nieuwe beoordeling en nieuwe beschikking.

1074. Anderzijds kan worden geargumenteed dat een ruimere rechterlijke controle is vereist EVRM. Het is immers op basis van deze uitzettingsbeletselen dat een verblijfsrecht wordt toegekend. In sommige gevallen zou men immers kunnen spreken over een gebonden machtiging waarbij de criteria voor de toekenning van een verblijfsrecht duidelijk omschreven zijn en een verblijfsrecht moet worden toegekend wanneer aan de criteria is voldaan. Hetzelfde kan gesteld worden voor de criteria inzake een verlenging van de vrijwillige vertrektermijn of een opschorting van de verwijdering. Indien een reëel risico op een schending van artikelen 3 en 8 EVRM wordt vastgesteld door de Raad, in het kader van een redelijkheidstoets, dan houdt dit in sommige gevallen ook in dat aan een criterium voor de toekenning van een verblijfsrecht/verlenging van de vertrektermijn/opschorting van de verwijdering is voldaan. Zou het dan in het kader van een definitieve geschillenbeslechting niet aangewezen zijn dat de Raad de zaak ten gronde kan beslechten door zelf finaal een beslissing te nemen die in de plaats van deze van het bestuur wordt gesteld? Wellicht vindt deze denkpiste geen ingang, aangezien een positieve beoordeling van de bijkomende beschermingsnaden niet leidt tot de erkenning van een “status” maar tot de toekenning van een “verblijfsrecht”, wat, gebonden machtiging of niet, nog steeds behoort het prerogatief van het bestuur.

---

<sup>2342</sup> A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2012, 887-888.

<sup>2343</sup> Cass. 4 november 2008, P.08.0081.N, punt 10.

<sup>2344</sup> A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2012, 1227-1228, 69-70 en de aldaar aangehaalde rechtspraak van de Raad van State.

v) Gevolgen van de rechterlijke toets

1075. De vraag rest welke concrete gevolgen er moeten worden verbonden aan de conclusies die de Raad trekt uit zijn ruimer dan wel terughoudend onderzoek, of met andere woorden hoe moet het geschil worden beslecht?

Zoals eerder werd aangegeven, spreekt het EHRM zich hier in het kader van artikel 13 EVRM niet specifiek over uit. Het EHRM stelt enkel dat ‘passend herstel’ moet worden toegekend. De bevoegde rechterlijke instanties moeten dus kunnen remediëren. Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt niet dat de daadwerkelijkheid van het rechtsmiddel vereist dat een rechterlijke overheid over de mogelijkheid moet beschikken om zelf finaal een beslissing te nemen, bv. door de bestreden beslissing te hervormen. Waar het Hof vaststelt dat de rechterlijke toetsing voldoende indringend is, heeft het Hof meermaals gesteld dat een klassieke annulatiebevoegdheid voldoet: *“La Cour réaffirme qu’une procédure de contrôle juridictionnel constitue en principe un recours effectif, au sens de l’article 13 de la Convention, pour faire état de griefs en matière d’expulsion et d’extradition, dès lors que les juridictions peuvent effectivement contrôler la légalité des décisions prises par le pouvoir exécutif dans l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire, tant par rapport aux règles de fond que par rapport aux règles de procédure, et qu’elles ont le pouvoir, le cas échéant, d’annuler les décisions (voir, mutatis mutandis, Hilal c. Royaume-Uni, n° 45276/99, 6.3.2001, §§ 75-77).”*<sup>2345</sup> Hieruit kan worden besloten dat een meer beperkte bevoegdheid van een rechterlijke overheid, met name de klassieke bevoegdheid van administratieve rechtbanken om een bestreden verwijderingsbeslissing te vernietigen na een nauwgezet onderzoek van de grief, als een voldoende passend herstel wordt beschouwd in het kader van artikel 13 EVRM.

1076. Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt verder niet dat een hervormingsbevoegdheid deel uitmaakt van de ‘volle rechtsmacht’ vereist onder artikel 6, lid 1, van het EVRM..<sup>2346</sup> Zoals reeds vermeld, hanteert het Hof in zijn Engelstalige arresten deze standaardformule: *“the power to quash in all respects, on questions of fact and law, the decision of the body below.”*<sup>2347</sup> Het woord *“quash”* wordt vertaald als ‘annuleren’ of ‘vernietigen’. In de Franstalige arresten wordt dan weer als standaardformule gebruikt: *“le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise.”*<sup>2348</sup> In de rechtsleer was/is er derhalve onenigheid over de vraag of het Franse woord *“réformer”* moet worden beschouwd als een onjuiste vertaling van het Engelse woord *“quash”*, dan wel of ‘hervormen’ moet worden beschouwd als een onderdeel van de ‘volle rechtsmacht’ die artikel 6, lid 1, EVRM vereist.

1078. VANDAELE toont aan hoe het standpunt dat een vernietigingsbevoegdheid voldoende is, kan worden gestaafd aan de hand van de rechtspraak van het Hof.<sup>2349</sup> In het bekende arrest

---

<sup>2345</sup> EHRM 23 februari 2002, nr. 48321/99, *Slivenko v. Litouwen*, par. 99 (ontvankelijkheidsbeslissing). Zie ook EHRM 20 juli 2010, nr. 4900/06, *A. v. Nederland*, par. 158; EHRM 1 juni 2010, nr. 29031/04, *Baysakov v. Ukraine*, par. 75; EHRM 8 juli 2010, nr. 14049/08, *Abdulazhon Isakov v. Rusland*, par. 137; EHRM 10 juni 2010, *Garayev v. Azerbeidjan*, nr. 53688/08, par. 84; EHRM 3 maart 2011, *Elmuratov v. Oostenrijk*, nr. 66317/09, par. 126.

<sup>2346</sup> G. DEBERSAQUES, “De (volle) rechtsmacht van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen”, *TBP* 2012, 279, met verwijzing naar gelijkaardige rechtsleer in voetnoot 41. Zie ook A.-S. VANDAELE, *De volle rechtsmacht bij de beoordeling van bestuurshandelingen – De rechtsmacht van de Raad van State in het annulatiecontentieux*, Brugge, die Keure, 2014, 34; J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid*, Brugge, die Keure, 2011, 469-558; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2012, 1128-1129 en de voetnoten daarin vermeld.

<sup>2347</sup> EHRM 23 oktober 1995, nr. 15963/90, *Gradinger v. Oostenrijk*, par. 44; EHRM 23 oktober 1995, nr. 15523/89, *Schmautzer v. Oostenrijk*, par. 36.

<sup>2348</sup> EHRM 23 juli 2002, nr. 34619/97, *Janosevic v. Zweden*, par. 81.

<sup>2349</sup> A.-S. VANDAELE, *De volle rechtsmacht bij de beoordeling van bestuurshandelingen – De rechtsmacht van de Raad van State in het annulatiecontentieux*, Brugge, die Keure, 2014, 35 e.v.

Kingsley sprak het Hof zich uitdrukkelijk uit over de gevolgen van een vernietiging: “*The Court considers that it is generally inherent in the notion of judicial review that, if a ground of challenge is upheld, the reviewing court has the power to quash the impugned decision, and that either the decision will then be taken by the review court, or the case will be remitted for a fresh decision by the same or a different body.*”<sup>2350</sup> Ook in een Franstalig arrest werd dit zo benaderd. Nadat het Hof stelde dat administratieve rechtbanken kennis moeten nemen van alle rechtsgronden en feitelijke gronden van het geschil, stelde het Hof: “*En cas de désaccord avec les conclusions (...) , ils peuvent annuler les décisions attaquées.*”<sup>2351</sup> Gezien de vernietigingsbevoegdheid oordeelde het Hof in casu dat de rechterlijke procedure overeenkomstig de vereisten van artikel 6, lid 1, EVRM was verlopen. Tenslotte wijst VANDAELE op het arrest *Sigma Radio Television* dat duidelijkheid brengt in de discussie en waarin het Hof verklaart: “*It can be derived from the relevant case-law that it is not the role of Article 6 of the Convention to give access to a level of jurisdiction which can substitute its opinion for that of the administrative authorities.*”<sup>2352</sup> Dit wijst er volgens VANDAELE uitdrukkelijk op dat artikel 6, lid 1, EVRM geen rechter met een hervormingsbevoegdheid garandeert. Ook LEMMENS stelt dat een klassieke vernietigingsbevoegdheid, kenmerkend voor administratieve rechtbanken, voldoende is.<sup>2353</sup> Dit betekent evenwel niet dat administratieve rechtbanken geen hervormingsbevoegdheid mogen omvatten.

1079. Wel blijkt uit de rechtspraak van het EHRM dat, zoals VANDAELE het treffend verwoordt, er een “*duidelijkheid als minimum en een minimum aan duidelijkheid*” dient te zijn.<sup>2354</sup> Het EHRM veroordeelde in het arrest *Oleksandr Volkov* de onduidelijkheid die bleef bestaan nadat een bestuurshandeling onrechtmatig werd verklaard.<sup>2355</sup> Dit houdt volgens VANDAELE in dat (i) een onrechtmatige bestuurshandeling formeel vernietigd moet kunnen worden en dat (ii) de echte juridische gevolgen van een vernietiging op voorhand duidelijk in te schatten moeten zijn.<sup>2356</sup>

1080. Wat deze rechtspraak van het EHRM concreet betekent voor de inhoudelijke invulling van artikel 47 Handvest in het kader van de EU-asiel- en immigratieregelgeving is nog niet duidelijk, bij gebrek aan rechtspraak daaromtrent. Wat artikel 46, lid 3, van de Procedurerichtlijn 2013 betreft (dat vereist dat een volledig en *ex nunc*-onderzoek van de feitelijke en juridische gronden dient te gebeuren “*met inbegrip van, indien van toepassing, een onderzoek van de behoefte aan internationale bescherming overeenkomstig Richtlijn 2011/95/EU*”) is het eveneens niet duidelijk of dit onderzoek naar de behoefte aan internationale bescherming ook een hervormingsbevoegdheid inhoudt. De relevante bepalingen van de Procedurerichtlijn 2013 spreken zich daar niet uitdrukkelijk over uit.

1081. Terugkomend op het voorstel van één alomvattende humanitaire verblijfsprocedure en de voorziene beroepsprocedure, betekent het geheel van de voorafgaande elementen dat er meerdere mogelijkheden voor geschillenbeslechting voorhanden zijn om te voldoen aan de vereisten die de internationale en Unienormen opleggen met betrekking tot administratieve

<sup>2350</sup> EHRM 7 november 2000, nr. 35605/97, *Kingsley v. Verenigd Koninkrijk*, par. 58. Dit arrest werd door de Grote Kamer bevestigd: EHRM 28 mei 2002, nr. 65605/97, *Kingsley v. Verenigd Koninkrijk*, par. 34. Deze redenering werd reeds gehanteerd in EHRM 27 november 1991, nr. 1256/86, *Oerlemans v. Nederland*, par. 56.

<sup>2351</sup> EHRM 23 juli 2002, nr. 34619/97, *Janosevic v. Zweden*, par. 82.

<sup>2352</sup> EHRM 21 juli 2011, nrs. 32181/04 en 35122/05, *Sigma Radio and Television Ltd v. Cyprus*, par. 153.

<sup>2353</sup> P. LEMMENS, “Enkele beschouwingen bij de zogenaamde “volle rechtsmacht” van de rechter bij de toetsing van administratieve sancties”, in D. D’HOOGHE, K. DE KETELAERE en A.M. DRAYE (eds.), *Liber Amicorum Marc Boes*, Brugge, die Keure, 2011, 395.

<sup>2354</sup> A.-S. VANDAELE, *De volle rechtsmacht bij de beoordeling van bestuurshandelingen – De rechtsmacht van de Raad van State in het annulatiecontentieux*, Brugge, die Keure, 2014, 37.

<sup>2355</sup> EHRM 9 januari 2013, nr. 21722/11, *Oleksandr Volkov v. Ukraine*, par. 125.

<sup>2356</sup> A.-S. VANDAELE, *De volle rechtsmacht bij de beoordeling van bestuurshandelingen – De rechtsmacht van de Raad van State in het annulatiecontentieux*, Brugge, die Keure, 2014, 38.

beroepsprocedures. De Raad dient wel als een minimum dient te beschikken over een klassieke vernietigingsbevoegdheid ongeacht de omvang van de rechterlijke toets die hij kan voeren.<sup>2357</sup> Het is aan de wetgever om te beslissen of hij naast deze vernietigingsbevoegdheid andere mogelijkheden tot geschillenbeslechting wil voorzien.<sup>2358</sup> In het kader van een meer efficiënte alsook van een definitieve geschillenbeslechting kan het aangewezen zijn dat de Raad over bijkomende bevoegdheden beschikt zodat hij gebruik kan maken van een waaier aan beslechtingsinstrumenten. Eventueel kan de omvang van de gevolgen die worden verbonden aan de conclusies die volgen uit de rechterlijke toets afhankelijk zijn van de omvang van deze rechterlijke toets. De bedoeling is dat zoveel als mogelijk een doeltreffende en definitieve oplossing wordt gezocht en dat een snelle geschillenbeslechting plaatsvindt. Om dit te bevorderen, formuleer ik een aantal suggesties die onder meer zijn geïnspireerd op de hervorming van 2014 van de wet op de Raad van State<sup>2359</sup>, de rechtspraak van het EHRM en de Nederlandse Algemene Wet Bestuursrecht.

### *v.I. Ruime omvang van de rechterlijke toets – Hervormingsbevoegdheid*

1082. Het is aangewezen om, wanneer de Raad een ruime rechterlijke controle kan uitoefenen door de onderdelen van de bestreden beschikking die verband houden met de beslissingen inzake internationale bescherming of staatloosheid aan een geheel nieuw onderzoek te onderwerpen, daar ook een hervormingsbevoegdheid aan te verbinden. Op die wijze krijgt de Raad de bevoegdheid om deze onderdelen van de bestreden beschikking te hervormen indien een nood aan internationale bescherming of aan erkenning van staatloosheid wordt vastgesteld. Deze hervormingsbevoegdheid is dan een instrument van definitieve geschillenbeslechting indien de Raad meent over voldoende elementen te beschikken om tot hervorming over te gaan. Naast een behoud van deze hervormingsbevoegdheid, hanteert de Raad ook een bevoegdheid tot bevestiging alsook een bevoegdheid tot vernietiging met terugwijzing. Vernietiging is slechts mogelijk in twee situaties: (i) aan deze onderdelen van de bestreden beschikking kleeft een substantiële onregelmatigheid die door de Raad niet kan worden hersteld; (ii) er ontbreken essentiële elementen die inhouden dat de Raad niet kan komen tot een bevestiging of hervorming zonder aanvullende onderzoeksmaatregelen hiertoe te moeten bevelen. Omdat de rechterlijke toets *ex nunc* gebeurt, sluit het meenemen van nieuwe elementen in het beroep aan bij het devolutief karakter van het beroep en bij het streven naar een definitieve geschillenbeslechting, doordat meteen over de grond van de zaak wordt geoordeeld.

---

<sup>2357</sup> Zie in deze zin G. DEBERSAQUES en S. VERBEYST, “De omrekening van de Europeesrechtelijke “daadwerkelijke rechtsbescherming” in het Belgische vreemdelingenrecht”, noot bij GwH 16 januari 2014, nr. 1/2014, T. *Vreemd.* 2014, 208.

<sup>2358</sup> Zie in deze zin P. LEMMENS, “Enkele beschouwingen bij de zogenaamde “volle rechtsmacht” van de rechter bij de toetsing van administratieve sancties”, in D. D’HOOGHE, K. DE KETELAERE en A.M. DRAYE (eds.), *Liber Amicorum Marc Boes*, Brugge, die Keure, 2011, 401 en 403-405.

<sup>2359</sup> Zie gecoördineerde wetten van 12 januari 1997 op de Raad van State (hierna: RvS-wet), zoals gewijzigd door de wet van 20 januari 2014 houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en organisatie van de Raad van State, BS 3 februari 2014, *err.* BS 13 februari 2014.

## *v.2. Beperkte omvang van rechterlijke toets – Annulatiebevoegdheid en andere instrumenten van geschillenbeslechting*

- “Blote” vernietiging – gezag van gewijsde

1083. Wanneer de Raad een meer terughoudende rechterlijke controle uitoefent, dan dient de Raad, om passend herstel of rechtsherstel te verlenen, minstens over een vernietigingsbevoegdheid te beschikken. Een vernietigingsarrest van de Raad heeft gezag van gewijsde *erga omnes* en werkt *ex tunc*. De geheel vernietigde beschikking of de vernietigde onderdelen daarvan zijn uit het rechtsverkeer verwijderd en worden geacht nooit bestaan te hebben. De administratie dient zich te conformeren naar het vernietigingsarrest. Het gezag van gewijsde houdt meestal in dat de oorspronkelijke aanvraag om internationale bescherming of gedeelten van de aanvraag terug “openvallen” en dat de administratie daarover een nieuwe beschikking dient te nemen, rekening houdend met de motieven en het dictum van het arrest. De uitspraak geldt daarbij als waarheid en het beslechte rechtspunt mag niet terug in vraag worden gesteld.<sup>2360</sup> Het gezag van gewijsde strekt zich immers niet enkel uit tot het dictum of het beschikkend gedeelte van een arrest maar ook tot de motieven waarop het dictum is gebaseerd.<sup>2361</sup> Volgens de rechtsleer moet het gezag van gewijsde mede beoordeeld worden in functie van de motivering die tot de in het dispositief opgenomen beslissing heeft geleid en die er onafscheidelijk mee is verbonden. Wil men derhalve het gezag van gewijsde volledig respecteren, dient er niet enkel rekening te worden gehouden met het beschikkend gedeelte van het arrest maar ook met de overwegingen die er de noodzakelijke en onlosmakelijke ondersteuning voor vormen.<sup>2362</sup> Wat betreft de tenuitvoerlegging van een vernietigingsarrest, zou men kunnen argumenteren dat de administratie uit de motieven het (gedeeltelijke) vernietigingsarrest van de Raad kan afleiden welke handelingen er moeten worden gesteld of niet om over de terug opengevallen aanvraag, of gedeelten ervan, te beslissen. Door te voorzien dat de Raad kan overgaan tot een gedeeltelijke vernietiging, is het voor de administratie ook meteen duidelijk dat zij zich niet terug moeten uitspreken over die gedeeltes van de beschikking die niet werden bestreden of die door de Raad worden gehandhaafd.

- Gedeeltelijke vernietiging

1084. Binnen deze klassieke vernietigingsbevoegdheid, is het aangewezen dat de vernietiging van een onderdeel van de geheel of gedeeltelijk afwijzende meeromvattende beschikking niet steeds tot de vernietiging van de gehele beschikking leidt. Een mogelijkheid tot gedeeltelijke vernietiging laat de Raad toe om preciezer en concreet te werk te gaan wat aan de betrokken partijen ook meer duidelijk geeft over de omvang van de vernietiging. Hierop zijn uitzonderingen. In het geval van een afwijzende asielbeslissing maar een ambtshalve verlening van een verblijfsstatus, zal de vernietiging van de asielbeslissing moeten leiden tot de vernietiging van de gehele beschikking. De administratie kan immers pas overgaan tot de ambtshalve verlening van een verblijfsstatus nadat een negatieve asielbeslissing werd

---

<sup>2360</sup> A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2012, 1149.

<sup>2361</sup> RvS 10 juni 2010, nr. 205.000: “Het gezag van gewijsde strekt zich enkel uit tot de onverbrekelijk met het dictum verbonden motieven” en RvS 4 december 2012, nr. 221.611: “In het kader van het rechtsherstel zou de verwerende partij ertoe gehouden zijn (...) om een nieuwe beslissing te nemen (...) ditmaal ook rekening houdend met de vernietigingsgrond van het nieuwe vernietigingsarrest.”

<sup>2362</sup> A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2012, 1149.

genomen. De vernietiging van een afwijzende asielbeslissing of een afwijzende beslissing inzake de ambtshalve verlening van de verblijfsmachtiging, leidt tevens tot de vernietiging van het terugkeerbesluit. De vreemdeling valt immers terug op een openstaande aanvraag en rechtmatig verblijf. De vernietiging van het terugkeerbesluit heeft dan weer niet steeds gevolgen voor een afwijzende asielbeslissing of een afwijzende beslissing inzake de ambtshalve verlening van de verblijfsmachtiging.

- Uitspraak over alle middelen die tot vernietiging kunnen leiden

1085. In het kader van het streven naar een definitieve geschillenbeslechting is het aangewezen dat de Raad alle middelen die leiden tot de nietigverklaring van de bestreden beschikking bespreekt. Het kan immers zijn dat een beschikking meerdere onregelmatigheden bevat. Heden wordt wanneer een middel (onderdeel) gegrond wordt bevonden, in de vaste rechtspraak van de Raad gesteld dat een verdere bespreking van de eventuele gegrondheid van de overige middelonderdelen of middelen tot een ruimere vernietiging kunnen leiden, zodat deze niet dienen te worden onderzocht.<sup>2363</sup> Indien slechts één onregelmatigheid wordt hersteld maar niet de andere onregelmatigheid of onregelmatigheden omdat de Raad zich daarover niet heeft uitgesproken, zal dit een nieuw beroep bij de Raad uitlokken. Door aan het bestuur mee te geven dat de bestreden beschikking op meerdere punten onregelmatig is, wordt aan het bestuur de mogelijkheid om bij het nemen van een nieuwe beschikking meteen rekening te houden met al de verschillende beslechte rechtspunten en worden onnodige beroepsprocedures vermeden.

- “Aangeklede” vernietiging – verduidelijkende arresten

1086. Binnen een klassieke vernietigingsbevoegdheid, kunnen interpretatiemogelijkheden of -moeilijkheden al dan niet gecombineerd met een zekere onwilligheid of hardleersheid in hoofde van het bestuur, het rechtsherstel bemoeilijken. Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat er voldoende zekerheid moet bestaan over de verdere reële juridische gevolgen van een vernietigingsarrest. In het arrest *Oleksandr Volkov* had het EHRM duidelijk problemen met het feit dat er geen duidelijkheid was over de stappen die door de overheden moeten worden genomen nadat een beslissing onrechtmatig wordt verklaard alsook met feit dat er geen duidelijke termijnen waren waarbinnen die stappen moesten worden ondernomen.<sup>2364</sup> De vereiste voldoende zekerheid kan worden geboden indien de Raad de bevoegdheid krijgt om verduidelijkende arresten te nemen. Zulke verduidelijkende arresten laten toe om in de motieven van het arrest de maatregelen te verduidelijken die moeten worden genomen om de onwettigheid die heeft geleid tot de nietigverklaring te verhelpen.<sup>2365</sup> Deze verduidelijkingen omvatten de nodige uitleg betreffende de inhoud van het gezag van gewijsde om de onregelmatigheden te remediëren die tot de nietigverklaring hebben geleid.<sup>2366</sup> De techniek van verduidelijkende arresten laat de Raad toe om aan te geven wat de gevolgen zijn van de vernietiging, op te sommen welke opties er voorhanden zijn en/of welke handelingen er moeten worden genomen of niet mogen worden genomen, zonder dat de Raad zijn arrest in de plaats stelt van de bestreden beschikking, maar de zaak terugzendt naar het bestuur. Het

---

<sup>2363</sup> Met verwijzing naar de vaste rechtspraak van de Raad van State: RvS 18 december 1990, nr. 36.050; RvS 24 oktober 2002, nr. 111.881.

<sup>2364</sup> EHRM 9 januari 2013, nr. 21722/11, *Oleksandr Volkov v. Ukraine*, par. 126.

<sup>2365</sup> Zie in deze zin bijvoorbeeld het nieuwe artikel 35/1 van de gecoördineerde wetten van 12 januari 1997 op de Raad van State (hierna: RvS-wet), ingevoegd door het artikel 12 van de wet van 20 januari 2014 houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en organisatie van de Raad van State, *BS* 3 februari 2014, *err.* *BS* 13 februari 2014.

<sup>2366</sup> Zie memorie van toelichting bij het wetsontwerp houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en de organisatie van de Raad van State, *Parl.St.* Senaat 2012-2013, doc. nr. 5-2277/1, 26.

laat de administratie toe om bij het nemen van een nieuwe beslissing de motieven van het vernietigingsarrest niet te miskennen.<sup>2367</sup>

1087. Zo kan bijvoorbeeld uit de vaststelling dat de omstandigheden in een land van herkomst drastisch op negatieve wijze zijn gewijzigd waardoor er een begin van bewijs voorligt van een reëel risico op blootstelling aan een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM, volgen dat de administratie een nauwgezet onderzoek moet voeren naar deze gegevens en dat zij de aanvraag opnieuw moet beoordelen in het licht hiervan. Indien de vernietiging is gegrond op het redelijkheidsbeginsel betekent een verduidelikend arrest niet dat de Raad de discretionaire bevoegdheid en beleidsvrijheid van de administratie geheel inperkt. De Raad stelt enkel vast dat het een kennelijk, d.i. manifest, onredelijke beslissing betreft. De administratie is nog steeds vrij in haar discretionaire bevoegdheid, maar de Raad geeft dan met het verduidelikend arrest aan dat deze beleidsvrijheid niet absoluut is maar beperkt binnen de grenzen van de redelijkheid. VANDAELE argumenteert overtuigend dat wanneer de Raad een optie heeft vernietigd wegens manifest onredelijk, deze optie in wezen nooit tot de keuzemogelijkheden van het bestuur heeft behoord.<sup>2368</sup> Derhalve vormt de vernietiging van een manifest onredelijke beslissing geen inbreuk op de discretionaire bevoegdheid van het bestuur. Na vernietiging blijven er binnen de grenzen van de redelijkheid vaak meerdere redelijke opties mogelijk, die bijvoorbeeld in een verduidelikend arrest kunnen worden opgesomd zonder dat de Raad zelf een keuze maakt tussen deze opties en zich dus in de plaats van het bestuur stelt.

- Versterking van “aangeklede” arresten door injunctiebevoegdheid en de mogelijkheid tot het opleggen van een dwangsom

1088. Voorts kan worden voorzien in een injunctiebevoegdheid voor de Raad. Wanneer het vernietigingsarrest van de Raad inhoudt dat de administratie een nieuwe beslissing moet nemen over de gehele aanvraag of gedeelten ervan, dan kan de Raad in dat arrest bevelen dat die beslissing binnen een bepaalde termijn wordt genomen.<sup>2369</sup> Deze injunctiebevoegdheid kan verder worden versterkt indien er ook een mogelijkheid bestaat om een dwangsom op te leggen indien de administratie deze verplichting niet nakomt.<sup>2370</sup>

- Bemiddeling

1089. In het kader van een meer terughoudende controle kan het aangewezen zijn om te voorzien in een bemiddelingsmogelijkheid, met akkoord van de partijen, waarbij oplossingsgericht te werk wordt gegaan.<sup>2371</sup> Dit kan bijvoorbeeld nuttig zijn wanneer er nieuwe elementen werden voorgelegd die erop wijzen dat er eventueel nood is aan een bijkomende bescherming, bv. omwille van medische redenen. Indien het bestuur, na bemiddeling, besluit dat een bijkomende bescherming moet worden verleend, dan kan het geschil zonder voorwerp

---

<sup>2367</sup> Zie in deze zin GwH 27 november 2008, nr. 168/2008 en GwH 30 maart 2011, nr. 44/2011.

<sup>2368</sup> A.-S. VANDAELE, *De volle rechtsmacht bij de beoordeling van bestuurshandelingen – De rechtsmacht van de Raad van State in het annulatiecontentieux*, Brugge, die Keure, 2014, 73-75, in het bijzonder punt 71.

<sup>2369</sup> Zie in deze zin artikel 36, § 1 van de RvS-wet, ingevoegd door het artikel 12 van de wet van 20 januari 2014 houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en organisatie van de Raad van State, BS 3 februari 2014, *err.* BS 13 februari 2014.

<sup>2370</sup> Zie in deze zin artikel 36, § 2 van de RvS-wet, ingevoegd door het artikel 12 van de wet van 20 januari 2014 houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en organisatie van de Raad van State, BS 3 februari 2014, *err.* BS 13 februari 2014.

<sup>2371</sup> Zie in deze zin artikel 4.8.5. van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening, dat bepaalt dat ter oplossing van een voor de Raad voor Vergunningsbetwistingen gebrachte betwisting, de Raad op gezamenlijk verzoek van de partijen of op eigen initiatief maar met akkoord van de partijen met een tussenuitspraak een bemiddeling kan bevelen zolang het beroep niet in beraad is genomen. Zie bv. RvVb 14 januari 2014, nr. A/2014/0008.



worden afgedaan. Het voorkomt dat een vernietigingsarrest moet worden genomen en dat het bestuur zich terug moet uitspreken over de aanvraag.

- Het passeren van gebreken – het in stand laten van de beschikking

1090. Een mogelijkheid kan worden voorzien waardoor een bestreden beschikking ondanks gebreken door de Raad in stand kan worden gelaten indien belanghebbenden daardoor niet worden benadeeld. Het betekent dat het beroep ondanks het gebrek wordt verworpen en dat de beschikking in stand wordt gelaten omdat het gebrek niet van invloed is op de inhoud van het besluit.<sup>2372</sup> Vormgebreken zullen vaker aanleiding kunnen geven tot het passeren ervan dat materiële gebreken. Doorslaggevend zijn hier de volgende voorwaarden: (i) de rechter moet aannemelijk maken zonder de vastgestelde gebreken inhoudelijk dezelfde beschikking zou zijn genomen en (ii) de rechter moet aannemelijk maken dat belanghebbenden niet worden benadeeld door het eventueel passeren van de gebreken. Dit instrument tot finale geschillenbeslechting, waarbij het beroep ongegrond wordt verklaard, leent zich beter bij schending van vormvoorschriften en in het kader van een gebonden bevoegdheid van het bestuur. In wezen wordt deze techniek reeds gehanteerd door de Raad. Vormgebreken kunnen worden gepasseerd indien de vernietiging van de bestreden beslissing de vreemdeling geen voordeel oplevert. Een gebrek aan belang wordt dan vastgesteld waardoor het beroep onontvankelijk is en wordt verworpen.

- Vernietiging van de beschikking én het in stand laten van de rechtsgevolgen ervan

1091. In gevallen waarin de beschikking vernietigd moet worden omdat het een of meerdere gebreken kent (zowel formeel als materieel), maar waarin duidelijk is dat de administratie inhoudelijk weer dezelfde beschikking zal nemen, kan de mogelijkheid worden voorzien om de rechtsgevolgen van een vernietigde beschikking in stand te laten.<sup>2373</sup> Ook deze mogelijkheid kan enkel worden gebruikt indien gebreken geen invloed hebben op de inhoud van de beschikking. Het beroep wordt dan gegrond verklaard en de bestreden beschikking wordt vernietigd, maar de rechtsgevolgen worden in stand gelaten aangezien aan de inhoud van de beschikking niet wordt geraakt. De administratie is dan niet verplicht een nieuwe beschikking te nemen maar wordt bij wijze van spreken gedekt door het arrest van de Raad. Van belang is dat de rechter bij de beoordeling of de rechtsgevolgen in stand moeten blijven, uitgaat van de feiten, omstandigheden en het recht zoals deze zich voordoen op het moment van het doen van de uitspraak (*ex nunc*) en dat deze uitspraak de rechterlijke toets kan doorstaan.

- Het zelf in de zaak voorzien

1092. Door de mogelijkheid te geven aan de Raad om zelf in de zaak te voorzien, kan een uitspraak van de Raad in de plaats treden van de gehele vernietigde beschikking of het vernietigde gedeelte daarvan. Dit is een zeer verregaande bevoegdheid, die in Nederland reeds wordt gehanteerd.<sup>2374</sup> De werkingssfeer ervan is niet erg duidelijk. Zo oordeelde de Afdeling Bestuursrecht van de Nederlandse Raad van State in februari 2013: *“Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen zal de rechter bij het gebruik van zijn bevoegdheid zelf in de zaak te voorzien de overtuiging moeten hebben dat de uitkomst van het geschil, in het geval het college opnieuw in de zaak zou voorzien, geen andere zal zijn.”*<sup>2375</sup> Door de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien afhankelijk te maken van de vereiste dat nog slechts één beslissing mogelijk is na vernietiging, wil men erover waken dat de discretionaire bevoegdheid van het

---

<sup>2372</sup> Zie in deze zin artikel 6:22 van het Nederlandse Algemene Wet Bestuursrecht (hierna: Awb).

<sup>2373</sup> Zie in deze zin artikel 8:72, lid 3, sub a, Awb.

<sup>2374</sup> Zie artikel 8:72, lid 3, sub b, Awb.

<sup>2375</sup> ABRvS 27 februari 2013, nr. 201203303/1/A1.

bestuur niet wordt doorkruist. Anderzijds oordeelde de Afdeling in maart 2013: “Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen, is daarvoor niet vereist dat nog slechts één beslissing mogelijk is. Zelf in de zaak voorzien is evenwel niet mogelijk, indien dat de rechter noopt tot een oordeel over een aangelegenheid waarover partijen zich in de procedure niet of onvoldoende hebben uitgelaten en daartoe ook geen aanleiding bestond.”<sup>2376</sup> Dit lijkt te betekenen dat een rechter zich wel kan bewegen op het domein van de discretionaire bevoegdheid van het bestuur.<sup>2377</sup> In elk geval dient de beslissing van de bestuursrechter die in de plaats treedt van deze van het bestuur zelf ook de rechterlijke toets te doorstaan.

- Bestuurlijke lus

1093. Een andere oplossingsgerichte benadering zou er in kunnen bestaan gebruik te maken van een bestuurlijke lus, wat betekent dat de administratie de mogelijkheid heeft om tijdens de procedure bij de Raad een onregelmatigheid in de bestreden beschikking te herstellen. In Nederland wordt deze figuur voornamelijk gebruikt indien andere instrumenten om het geschil finaal te beslechten niet bruikbaar zijn.<sup>2378</sup> De Nederlandse bestuursrechter behoort immers bij een (te verwachten) vernietiging van een besluit op kenbare wijze de mogelijkheden tot definitieve beslechting van het geschil te onderzoeken. Dit houdt in dat de bestuursrechter eerst dient na te gaan of de rechtsgevolgen van een te vernietigen besluit in stand kunnen worden gelaten dan wel of hij zelf in de zaak kan voorzien. Ligt een van deze mogelijkheden redelijkerwijs niet binnen bereik, dan dient de bestuursrechter na te gaan of een – formele dan wel informele – bestuurlijke lus een reële mogelijkheid is.<sup>2379</sup> Met name wanneer het bestuur over een discretionaire bevoegdheid beschikt, is het voor de rechter soms niet mogelijk om een gebrek te passeren, de rechtsgevolgen in stand te houden of zelf in de zaak te voorzien, omdat hij zich dan teveel in de plaats stelt van het bestuur. Bijgevolg wordt in Nederland de bestuurlijke lus niet enkel gebruikt om vormgebreken te herstellen, maar eerder gebruikt wanneer is vastgesteld dat een besluit onzorgvuldig voorbereid is<sup>2380</sup>, of onvoldoende gemotiveerd is<sup>2381</sup> of wanneer er sprake is van een onzorgvuldige belangenafweging.<sup>2382</sup> Het wordt gezien als een aanvullende bevoegdheid, met name als een extra instrument om de efficiëntie van de beroepsprocedure te verhogen en zgn. “ping pong-zaken” te vermijden. De bestuursrechter stelt het bestuur in de gelegenheid om het gebrek te herstellen en geeft daarvoor een termijn. Het bestuur deelt aan de bestuursrechter mee of het gebruik maakt van deze gelegenheid. Indien het bestuur overgaat tot het herstel van het gebrek, dan wordt ook meegedeeld op welke wijze het gebrek is hersteld. Dit kan door een nieuw, vervangend besluit te nemen of door een nieuw aanvullend motiveringsstuk of deskundigenonderzoek voor te leggen. De bestuursrechter verliest door het toepassen van de bestuurlijke lus geen onderzoeks- of uitspraakbevoegdheden.<sup>2383</sup> Tenslotte kan de bestuurlijke lus niet worden toegepast indien belanghebbenden die niet als partij aan het geding deelnemen daardoor onevenredig kunnen worden benadeeld.

1094. In België is het gebruik van de bestuurlijke lus nog niet ingeburgerd. De bestuurlijke lus kan pas worden gebruikt nadat eerst is uitgemaakt of er geen andere middelen gegrond zijn. Vooraleer de bestuurlijke lus kan worden toegepast, moeten dus alle middelen zijn

---

<sup>2376</sup> ABRvS 20 maart 2013, nr. 20112448/1/A3.

<sup>2377</sup> Zie ABRvS 3 oktober 2012, LJN BX8949.

<sup>2378</sup> Zie artikel 8:51a Awb.

<sup>2379</sup> Zie CRvB 3 november 2010, LJN BR4120.

<sup>2380</sup> Zie ABRvS 9 april 2014, nr. 20131225/1/R2. Zie voor een vreemdelingenzaak Rb 's Gravenhage, 9 december 2010, nr. 10/7386.

<sup>2381</sup> Zie ABRvS 11 december 2013, nr. 201211481/1/A4.

<sup>2382</sup> Zie ABRvS 12 februari 2014, nr. 201302473/1/R4.

<sup>2383</sup> Memorie van toelichting, *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 352, nr. 3.

onderzocht.<sup>2384</sup> De bestuurlijke lus kan enkel worden aangewend voor herstelbare onregelmatigheden. Indien een beslissing door onherstelbare inhoudelijke onwettigheden is aangetast, dan is een bestuurlijke lus niet mogelijk. Daarenboven wordt in de RvS-wet bepaald dat het herstel van de gebreken geen weerslag mag hebben op de inhoud van de bestreden beslissing.<sup>2385</sup> In de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening werd dan weer als vereiste gesteld dat de beslissing gehandhaafd kan blijven.<sup>2386</sup> Deze beperkingen maken dat de Belgische bestuurlijke lus voornamelijk bestemd is voor het herstellen van procedure- of vormgebreken.<sup>2387</sup> Dit wil zeggen dat de herstelhandeling niet kan bestaan in een beslissing waarvan de inhoud verschilt van de bestreden beslissing, m.a.w. de bestuurlijke lus laat het bestuur niet toe om tot een inhoudelijke hervorming van de bestreden beschikking te komen.<sup>2388</sup>

1095. Dat een bestuurlijke lus kan worden aangewend in het kader van een effectieve en definitieve geschillenbeslechting, wordt door het Grondwettelijk Hof bijgetreden. Er dient wel aan een aantal fundamentele rechtsbeginselen te zijn voldaan. Zo oordeelde het Grondwettelijk Hof dat de bepaling betreffende de bestuurlijke lus in de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening op discriminerende wijze afbreuk doet aan het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter. Het bestuursrechtelijk toezicht in het kader van een wettigheidtoezicht betreft de externe en interne wettigheidscontrole, maar gaat niet zover dat het betrokken rechtscollege zijn beoordeling in de plaats mag stellen van de discretionaire bevoegdheid van het bestuur. De rechter mag zich immers bij zijn controle niet begeven op het domein van de opportuniteit, vermits dat onverenigbaar zou zijn met de beginselen die de verhoudingen regelen tussen het bestuur en de rechtscolleges. Het Grondwettelijk Hof meent dat het vaststellen van de inhoud van een discretionaire beslissing, meer bepaald als gevolg van het herstel van de onregelmatigheid, niet de rechter maar het bestuur toekomt. Het Grondwettelijk Hof meent dat wanneer de rechter de bestuurlijke lus zou voorstellen, hij al een standpunt inneemt over de uitkomst van het geschil en dit kenbaar maakt aangezien de toepassing van de bestuurlijke lus door het bestuur tot dezelfde beslissing moet leiden als diegene die onwettig wordt bevonden, terwijl de beoordeling of het herstel van de onregelmatigheid wel tot dezelfde beslissing moet leiden net door het bestuur moet worden gemaakt.<sup>2389</sup> Blijkbaar struikelt het Hof over het gegeven dat bij toepassing van de bestuurlijke lus enkel dezelfde beslissing kan worden genomen.

1096. In hetzelfde arrest oordeelde het Hof dat de bestreden bepaling uit de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening op discriminerende wijze afbreuk doet aan de rechten van verdediging, het recht op tegenspraak en het recht op toegang tot de rechter. Zo is een op tegenspraak gevoerd debat over de mogelijkheid tot toepassing van de bestuurlijke lus niet steeds gewaarborgd. Het Hof verwijst naar de rechtspraak van het EHRM inzake artikel 6 EVRM. Hierbij moet worden opgemerkt dat de RvS-wet voorziet dat het gebruik van de bestuurlijke lus enkel mogelijk is nadat de partijen de mogelijkheid hebben gehad om hun opmerkingen te

---

<sup>2384</sup> Zie in deze zin Memorie van toelichting bij het wetsontwerp houdend hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en de organisatie van de Raad van State, *Parl.St.* Senaat, 2012-2013, nr. 5-2277/1, 29; *Parl.St.* Vlaams Parlement, 2011-2012, nr. 1509/4, 4. Zie meer over de bestuurlijke lus bij de Raad van State in G. DEBERSAQUES en F. EGGERMONT, "De hervorming van de Raad van State 2014: een eerste analyse van de voornaamste nieuwigheden", *RW* 2013-2014, 1411-1414 en E. BREWAEYS, "Raad van State, Procesrechtelijke vernieuwingen – deel 1", *NJW* 2014, 443 e.v.

<sup>2385</sup> Zie artikel 38 van de RvS-wet, ingevoegd door de artikel 13 van de wet van 20 januari 2014 houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en organisatie van de Raad van State, *BS* 3 februari 2014, *err.* *BS* 13 februari 2014.

<sup>2386</sup> Zie het vernietigde artikel 4.8.4. van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening.

<sup>2387</sup> Zie in deze zin Memorie van toelichting bij het wetsontwerp houdend hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en de organisatie van de Raad van State, *Parl.St.* Senaat, 2012-2013, nr. 5-2277/1, 29.

<sup>2388</sup> Zie in deze zin *Parl.St.* Vlaams Parlement, 2011-2012, nr. 1509/4, 4.

<sup>2389</sup> GwH 8 mei 2014, nr. 74/2014, B.7.3 en B.7.4.

doen kennen over het gebruik ervan.<sup>2390</sup> Voorts stelde het Hof vast dat belanghebbenden, bv. derden die niet in de beroepsprocedure betrokken zijn, evenmin een beroep kunnen instellen tegen de beslissing die met toepassing van de bestuurlijke lus is genomen, na de kennisgeving of de bekendmaking ervan.<sup>2391</sup>

1097. Tenslotte stelt het Hof vast dat de bestreden bepaling op discriminerende wijze afbreuk doet aan de formele motiveringsplicht zoals voorzien in de wet van 29 juli 1991. Het is in strijd met de formele motiveringsplicht, aldus het Hof, om toe te laten dat een bestuursorgaan een individuele bestuurshandeling die niet uitdrukkelijk gemotiveerd is na toepassing van de bestuurlijke lus van de vereiste motivering te voorzien. De motiveringsplicht is precies gericht op het versterken van het rechterlijk toezicht op de individuele bestuurshandelingen en de inachtneming van het beginsel van de wapengelijkheid. Door die formele motivering achteraf toe te laten met toepassing van de bestuurlijke lus, zou een burger de motieven van de beslissing eigenlijk pas kunnen te weten komen nadat hij een beroep tegen die beslissing heeft ingesteld.<sup>2392</sup>

1098. In het kader van een meer terughoudende rechterlijke controle, kan de combinatie van een volledig en *ex nunc*-onderzoek van alle feitelijke en juridische gronden met een (gedeeltelijke) vernietigingsbevoegdheid, in bepaalde gevallen voldoende rechtsherstel betekenen. Een bijkomende mogelijkheid om de gevolgen van het gezag van gewijsde van een (gedeeltelijk) vernietigingsarrest te verduidelijken, gepaard gaand met de mogelijkheid tot injunctie en het opleggen van een dwangsom, versterken het verleende rechtsherstel, dragen bij tot het bevorderen van de daadwerkelijkheid van het voorziene rechtsmiddel en bevorderen een spoedige definitieve beslechting van het geschil. Verregaander zijn de gesuggereerde bijkomende bevoegdheden voor de Raad om definitieve geschillenbeslechting mogelijk te maken. Een waaier aan instrumenten wordt voorgesteld, gaande van bemiddeling, het passeren van gebreken, het in stand houden van de rechtsgevolgen van een vernietigde beslissing, het zelf voorzien in de zaak en de bestuurlijke lus. Daardoor zou de Raad in verschillende omstandigheden uit de verschillende instrumenten het best geschikte instrument kunnen kiezen met het oog op een spoedige en definitieve geschillenbeslechting. Het verhoogt niet enkel de efficiëntie van de beroepsprocedure, maar laat de Raad ook toe om meteen een inhoudelijke beoordeling te maken van het geschil, zonder daarvan afgeleid te worden door gebreken. Zowel de administratie als de vreemdeling weten veel sneller waar ze aan toe zijn. Het opeenstapelen van verblijfs- en beroepsprocedures wordt daardoor verder vermeden. Uit het arrest van het Grondwettelijk Hof blijkt niettemin duidelijk dat deze instrumenten met de nodige waakzaamheid moeten worden omkaderd en toegepast. De drang naar definitieve geschillenbeslechting die bij vele bestuursrechters leeft, mag niet ten koste gaan van de rechtsbescherming en de rechtszekerheid van alle partijen betrokken in het geding. In die zin moet erover gewaakt worden dat de bestuursrechter zich onpartijdig en onafhankelijk opstelt en dus geen voorkeursbehandeling van het bestuur noch van de vreemdeling laat blijken. Er moet worden gezorgd dat de bestuursrechter zich niet te ver begeeft op het domein van de discretionaire bevoegdheid van het bestuur en deze inperkt. Voorts moet aandacht worden besteed aan een omkadering waarin de rechten van verdediging, het recht op tegenspraak en de toegang tot de rechter worden gewaarborgd.

---

<sup>2390</sup> Art. 38, § 1, tweede lid, RvS-wet.

<sup>2391</sup> GwH 8 mei 2014, nr. 74/2014, B.802 tot B.8.5.

<sup>2392</sup> GwH 8 mei 2014, nr. 74/2014, B.9.3. tot B.9.6.

b.) Beroep tegen een niet-ontvankelijkheidsbeslissing in het kader van een herhaalde aanvraag om internationale bescherming

1099. Het beroep dat bij de Raad wordt ingesteld tegen een niet-ontvankelijkheidsbeslissing in het kader van een herhaalde aanvraag heeft in beginsel een automatisch schorsend karakter (artikel 46, lid 5, Procedurerichtlijn 2013). De Procedurerichtlijn 2013 laat evenwel toe dat van het automatisch schorsend karakter kan worden afgeweken (artikel 46, lid 6 (b), Procedurerichtlijn 2013) indien de herhaalde aanvraag niet-ontvankelijk wordt beschouwd. In dat geval dient de Raad, ambtshalve of op verzoek, wel een uitspraak te doen over de vraag of de vreemdeling op het grondgebied mag blijven in afwachting van zijn beroep tegen de niet-ontvankelijkheidsbeslissing indien de niet-ontvankelijkheidsbeslissing resulteert in een beëindiging van het recht om op het grondgebied te blijven. Tijdens deze procedure moet het de vreemdeling worden toegestaan om op het grondgebied te blijven in afwachting van de uitkomst (artikel 46, lid 8, Procedurerichtlijn 2013). De Procedurerichtlijn laat echter ook toe dat wordt afgeweken van de regel dat het een vreemdeling wordt toegestaan om op het grondgebied te blijven in afwachting van de rechterlijke uitspraak over de vraag of de vreemdeling op het grondgebied mag blijven in afwachting van zijn beroep tegen de niet-ontvankelijkheidsbeslissing betreffende een herhaalde aanvraag (artikelen 41, lid 2 (c), Procedurerichtlijn 2013). Dit kan wanneer (i) wordt vastgesteld dat een tweede aanvraag werd ingediend enkel om de uitvoering van een verwijderingsbeslissing te vertragen of te hinderen, of (ii) wanneer een derde of volgende aanvraag wordt ingediend. Voorwaarde is wel dat de administratie oordeelt dat een terugkeerbesluit niet leidt tot directe of indirecte refoulement.

1100. De eerdere geuite bezorgdheden omtrent efficiëntie, proces-economie en daadwerkelijk rechtsbescherming hebben hun weerslag op het voorstel voor één alomvattende humanitaire verblijfsprocedure noopten reeds tot de conclusie dat zowel het indienen van een aanvraag om internationale bescherming als het beroep automatisch schorsend moet zijn. Hierdoor worden bijkomende procedures over het schorsend karakter of over het *prima facie* abusief of kennelijk ongegrond karakter van de aanvraag vermeden en wordt het daadwerkelijk rechtsmiddel gevrijwaard.

Wat betreft het beroep dat kan worden ingediend tegen niet-ontvankelijkheidsbeslissingen in het kader van herhaalde aanvragen, wordt ervoor geopteerd om in beginsel niet enkel het indienen van een herhaalde aanvraag automatisch schorsend te maken maar ook om het beroep bij de Raad tegen een niet-ontvankelijkheidsbeslissing genomen in het kader van deze herhaalde aanvraag, een automatisch schorsend karakter toe te kennen, ongeacht de motieven van de vreemdeling voor het indienen van deze herhaalde aanvraag.

Anderzijds moet rekening worden gehouden met terechte bezorgdheden omtrent misbruiken, waarbij herhaalde aanvragen louter worden ingediend om de uitvoering van een verwijdering te vrijdelen zodat een efficiënt terugkeerbeleid wordt ondermijnd. Om de vereiste van een schorsend beroep te verzoenen met het beperken van misbruik en nutteloze beroepen, kunnen verschillende opties worden overwogen die kunnen worden toegepast vanaf het moment dat een tweede niet-ontvankelijkheidsbeslissing wordt aangevochten (d.i. in het kader van een derde aanvraag om internationale bescherming, of anders gezegd in het kader van een tweede herhaalde aanvraag). Deze opties dienen idealiter proceseconomisch en efficiënt te zijn, ze mogen de daadwerkelijkheid van het rechtsmiddel niet ondermijnen en dienen proportioneel zijn met het beoogde doel, met name het bestrijden van misbruik (*in abstracto*).

Voorts dienen deze opties te worden samengezien met het eerdere voorstel waarbij het indienen van een volgende aanvraag niet mogelijk is zolang de eerdere aanvraag in eerste

aanleg wordt behandeld en de Raad zich nog niet heeft uitgesproken over het beroep tegen de beslissing inzake deze aanvraag (zgn. anti-carrousel bepaling). Nieuwe elementen kunnen immers tot op het moment van de zitting aan de Raad worden voorgelegd. Het is dan ook niet nuttig om een herhaalde aanvraag in te dienen alvorens de Raad zich heeft uitgesproken over de beslissing tot niet-ontvankelijkheid van een eerdere aanvraag. Dit lijkt conform artikel 40, lid 1, Procedurerichtlijn 2013.

1101. Een eerste optie zou erin bestaan om te voorzien in verkorte beroepstermijnen en een versnelde procedure. Het Hof van Justitie laat immers de mogelijkheid open om via een versnelde procedure zowel van het verzoek om internationale bescherming als van het beroep, de doeltreffendheid van het terugkeerbesluit te vrijwaren.<sup>2393</sup> Tijdens de beroepstermijn kan geen verwijdering worden uitgevoerd en heeft het ingediende beroep tevens een schorsend werking tot dat de Raad uitspraak heeft gedaan.

Zo wordt voorgesteld dat het beroep tegen een niet-ontvankelijkheidsbeslissing in principe binnen de tien dagen moet worden ingediend. De Raad doet dan uitspraak binnen de vijf dagen na de zitting.

Deze beroepstermijn kan worden teruggebracht tot vijf dagen indien aan de volgende cumulatieve voorwaarden is voldaan:<sup>2394</sup>

- 1) het betreft een beroep tegen een beslissing tot niet-ontvankelijkheid van een derde of volgende verzoek om internationale bescherming;
- 2) betrokkene was reeds vastgehouden op ogenblik van het indienen van een tweede of volgende verzoek.

In dit geval doet de Raad uitspraak binnen de twee dagen na het sluiten van de debatten.

Van deze verkorte beroepstermijnen kan worden afgeweken indien er bijzondere omstandigheden gelden die betrekking hebben op de individuele zaak en die een daadwerkelijke toegang tot de desbetreffende procedure noodzaken opdat de inhoud van de grief kan worden onderzocht (zgn. Bahaddar-exceptie, bijvoorbeeld omwille van overmacht, gewijzigde omstandigheden, eventuele aanwijzingen van een kwetsbaar profiel of lid van een kwetsbare groep, of het vaststaande gegeven dat een vreemdeling door uitzetting het risico loopt op een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM waaraan de rechter niet aan kan voorbijgaan, ....) In andere woorden, er moet worden nagegaan of de verkorte beroepstermijn redelijk en proportioneel is in het betrokken individueel geval (*in concreto*).

1102. Een tweede optie zou erin kunnen bestaan dat men gebruik maakt van een ontvankelijkheidsfase, al dan niet gecombineerd met verkorte beroepstermijnen en een versnelde procedure.<sup>2395</sup> Ook hier kan een verwijdering niet worden uitgevoerd tijdens de

---

<sup>2393</sup> HvJ 30 mei 2013, C-534/11, *Arslan*, par. 60 e.v.

<sup>2394</sup> Naar een idee van Marie-Claire GOETHALS. Dit voorstel is geïnspireerd op de voorwaarden zoals vervat in artikelen 39/82, §4 en 39/85, §1, 5e lid van de Vreemdelingenwet.

<sup>2395</sup> Naar een idee van D. VANHEULE, gesteund op oude rechtspraak van het Arbitragehof respectievelijk het Grondwettelijk Hof waaruit blijkt dat de zorg om te voldoen aan een schorsend beroep toch verenigbaar wordt geacht met de wens om nutteloze beroepen snel uit te sluiten en misbruiken te vermijden. Oud artikel 51/8, derde lid, van de Vreemdelingenwet, zoals ingevoerd door de wet van 15 december 2006 tot wijziging van de Vreemdelingenwet, bepaalde dat een beslissing om een asielaanvraag niet in aanmerking te nemen, wanneer de vreemdeling voorheen reeds dezelfde aanvraag heeft ingediend en hij geen nieuwe gegevens – dit wil zeggen gegevens betreffende feiten of situaties die zich hebben voorgedaan na de laatste fase in de procedure waarin de vreemdeling ze had kunnen aanbrengen – aanbrengt dat er, wat hem betreft, ernstige aanwijzingen bestaan van een gegronde vrees voor vervolging in de zin van het Vluchtelingenverdrag, zoals bepaald in artikel 48/3 van de Vreemdelingenwet, of ernstige aanwijzingen bestaan van een reëel risico op ernstige schade zoals bepaald in artikel 48/4 van de Vreemdelingenwet, alleen vatbaar is voor een beroep tot nietigverklaring bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen en dat er geen vordering tot schorsing tegen die beslissing kan worden ingesteld. In de arresten nrs. 61/94, 83/94 en 81/2008 stelde het Arbitragehof respectievelijk het Grondwettelijk Hof evenwel dat de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen bevoegd is om kennis te nemen van een vordering tot schorsing indien wordt aangetoond worden dat de nieuwe asielaanvraag wel degelijk op nieuwe gegevens is gesteund.

beroepstermijnen. Indien een beroep wordt ingediend dan zal eerst in een ontvankelijkheidsfase enkel worden onderzocht of er in de herhaalde aanvraag daadwerkelijk nieuwe feiten of elementen naar voren werden gebracht die de kans aanzienlijk groter maken dat de vreemdeling in aanmerking komt voor internationale bescherming, de erkenning van staatloosheid of de ambtshalve verlening van een verblijfsvergunning omwille van een bijkomende beschermingsnood desgevallend de ambtshalve verlenging van de vrijwillige vertrektermijn of het tijdelijk uitstel van de verwijdering. De verzoekende partij wordt uitdrukkelijk verplicht om de inhoudelijke wettigheid van de niet-ontvankelijkheidsbeslissing aan te vechten en uiteen te zetten dat de door haar aangevoerde “nieuwe gegevens” ten onrechte buiten beschouwing werden gelaten. De verzoekende partij moet duidelijk aangeven wat de nieuwe elementen zijn en hoe deze de kans aanzienlijk groter maken dat zij in aanmerking komt voor bescherming. De verwerende partij moet dan hierover een duidelijk standpunt innemen. Als er zulke nieuwe elementen aanwezig zijn, dan heeft het beroep schorsende werking tot de Raad zich uitsprekt over de grond van de zaak.

Zijn er geen nieuwe elementen aanwezig, dan is het beroep niet schorsend en hoeft verder het beroep ook niet meer te gronde worden onderzocht en behandeld. De niet-ontvankelijkheidsbeslissing wordt dan als louter bevestigend beschouwd, wat betekent dat de beroepsmogelijkheden eigenlijk al na de eerste geheel afwijzende meeromvattende beschikking uitgeput waren. Het eerder afgegeven terugkeerbesluit herleeft weer en kan worden uitgevoerd.

1103. Een derde optie zou kunnen bepalen dat voor wat betreft een tweede of volgende niet-ontvankelijkheidsbeslissing enkel de beroepstermijn, van bijvoorbeeld vijf dagen, een schorsende werking heeft en dat er dan geen verwijdering kan plaatsvinden. Het indienen van het beroep zelf heeft in beginsel vervolgens geen schorsende werking. De Raad kan het beroep wel schorsend verklaren per beschikking wanneer hij oordeelt dat het beroep niet-kennelijk ongegrond is. Dit betekent dat zodra de Raad twijfelt aan de rechtmatigheid van de niet-ontvankelijkheidsbeslissing, hij onmiddellijk schadebeperkend moet optreden waarbij hij, eventueel zonder zitting en met een minimum aan motivering, de onmiddellijke schorsing van de tenuitvoerlegging van het terugkeerbesluit per beschikking kan bevelen. Door de schorsing te bevelen, kan de Raad verder overgaan tot een ten gronde onderzoek van het beroep. Deze optie houdt wel in dat de verzoeker tijdig zijn beroep moet indienen zodat de Raad des te vlugger over de niet-kennelijk ongegrondheid van het beroep kan oordelen.<sup>2396</sup>

1104. Een vierde optie kan erin bestaan dat tegen een tweede of volgende niet-ontvankelijkheidsbeslissing enkel een niet-schorsend beroep tot nietigverklaring bij de Raad kan worden ingediend. Het eerder afgegeven terugkeerbesluit herleeft, maar wel blijft het mogelijk om bij gedwongen verwijdering een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid aanhangig te maken bij de Raad om het risico op een schending van artikelen 3 en 8 van het EVRM te beoordelen.

---

<sup>2396</sup> Naar een idee van A. WIJNANTS dat in een gesprek met de auteur werd ontwikkeld.

### J. Gedwongen verwijdering

1105. Als de vreemdeling binnen de toegekende termijn niet heeft voldaan aan zijn vertrekplicht, dan kan de vreemdeling gedwongen worden verwijderd. Dit is een rechtsgevolg van de geheel afwijzende meeromvattende beschikking die tevens een terugkeerbesluit is. Er dient dus geen bijkomende beslissing tot gedwongen verwijdering te worden genomen; het gegeven dat een vreemdeling binnen de toegekende termijn niet heeft voldaan aan zijn vertrekplicht is voldoende om tot gedwongen verwijdering over te gaan. De vraag stelt zich of en hoe er tegen een gedwongen verwijdering in een daadwerkelijk rechtsmiddel moet worden voorzien. Het EHRM stelde eerder dat de daadwerkelijkheid van een rechtsmiddel kan worden verzekerd door het geheel van of de combinatie aan rechtsmiddelen voorzien in het intern recht.<sup>2397</sup> Daarom worden hier even de reeds besproken beschikbare rechtsmiddelen op een rij gezet.

1106. Tegen een geheel afwijzende meeromvattende beschikking in het kader van een eerste aanvraag om internationale bescherming, staat een automatisch schorsend beroep open waarbij de Raad een volledig, nauwkeurig en zorgvuldig onderzoek voert naar de juridische en feitelijke gronden van de meeromvattende beschikking. Er kan bijgevolg worden gesteld dat een daadwerkelijk rechtsmiddel wordt verschaft tegen het terugkeerbesluit. De administratie kan er dan van uitgaan dat er geen beletselen zijn die zich verzetten tegen een verwijdering, wat des te meer geldt indien de gedwongen verwijdering zo snel mogelijk plaats heeft na het verlopen van de vrijwillige vertrektermijn.

1107. Indien er na de afwijzing van eerste aanvraag er toch beschermingsgronden zijn die zich verzetten tegen een terugkeer naar het land van herkomst, dan heeft een vreemdeling nog steeds de mogelijkheid om een herhaalde aanvraag in te dienen. In het licht van de rechtspraak van het EHRM kan er van uit worden gegaan dat bij de vreemdeling de verantwoordelijkheid ligt om, wanneer er sprake is van een beschermingsnood, een herhaalde aanvraag om internationale bescherming in te dienen. Het komt de vreemdeling immers toe om gebruik te maken van de rechtsmiddelen die ter zijner beschikking staan. Hij dient dan aan te tonen dat er sprake is van nieuwe elementen. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien zich plots een wijziging in de algemene situatie van zijn land van herkomst heeft voorgedaan, indien de vreemdeling ziek wordt of wanneer er lange tijd verlopen is tussen de afwijzende beschikking en de gedwongen verwijdering en de vreemdeling ondertussen in illegaal verblijf een gezins- of privéleven heeft uitgebouwd en er uitzonderlijke omstandigheden aanwezig zijn die aanleiding geven tot een positieve verplichting onder artikel 8 EVRM. Zoals eerder voorgesteld, heeft het indienen van een herhaalde aanvraag in beginsel een automatisch schorsend effect op het terugkeerbesluit, dat eerder werd gegeven in het kader van de afwijzing van de eerste aanvraag. Wordt de vreemdeling reeds vastgehouden met het oog op een gedwongen verwijdering, dan kan het indienen van een herhaalde aanvraag een daadwerkelijk rechtsmiddel vormen tegen die gedwongen verwijdering, wanneer er gegronde beschermingsnoden zijn.<sup>2398</sup> Hierbij kan worden bepaald dat de behandeling van een herhaalde aanvraag in een versnelde procedure plaatsvindt.

1108. In het kader van een tweede aanvraag wordt bij een eventueel niet-ontvankelijkheidsbeslissing voorzien in een automatisch schorsend beroep bij de Raad dat bestaat uit een *ex nunc*-onderzoek van zowel de feitelijke als juridische gronden van deze

---

<sup>2397</sup> EHRM 26 april 2007, nr. 25389/05, *Gebremedhin v. Frankrijk*, par. 53.

<sup>2398</sup> Zie in deze zin EHRM 6 juni 2013, nr. 50094/10, *M.E. v. Frankrijk*, par. 66 en EHRM 10 oktober 2013, nr. 18913/11, *K.K. v. Frankrijk*, par. 69-70.



beslissing. Men kan stellen dat het geheel van deze openstaande beroepsprocedures voldoet aan de vereisten van een daadwerkelijk rechtsmiddel.

1109. In het kader een derde of volgende aanvraag werden verschillende opties voorgesteld in het kader van het voorkomen van misbruik. In de eerste twee opties heeft het beroep steeds een schorsende werking, maar zorgen verkorte beroepstermijnen en versnelde procedures bij de Raad, al dan niet in combinatie met een ontvankelijkheidsonderzoek, ervoor dat misbruiken worden voorkomen. In de derde optie heeft het indienen van het beroep zelf in beginsel geen schorsende werking, maar is er wel een schorsende werking gedurende de beroepstermijn. De Raad kan vervolgens het beroep schorsend verklaren per beschikking wanneer hij oordeelt dat het beroep niet kennelijk ongegrond is.

1110. Een vierde optie kan erin bestaan dat tegen een tweede of volgende niet-ontvankelijkheidsbeslissing enkel een niet-schorsend beroep tot nietigverklaring bij de Raad kan worden ingediend. Wel blijft het mogelijk om een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid aanhangig te maken bij de Raad om het risico op een schending van artikelen 3 en 8 van het EVRM te beoordelen. In dit geval wordt dus een ultieme beroepsmogelijkheid voorzien die de vreemdeling enkel kan aanwenden wanneer er sprake is van een uiterst dringende noodzakelijkheid, bijvoorbeeld omdat de tenuitvoerlegging van een eerder afgegeven terugkeerbesluit imminent wordt. Dit is omdat de vreemdeling wordt vastgehouden met het oog op een gedwongen verwijdering, en de vreemdeling een grief ontleend aan artikelen 3 en 8 van het EVRM aanvoert. Deze ultieme beroepsmogelijkheid komt dan neer op een soort kortgeding bij de Raad, dit is een vordering tot het horen bevelen van voorlopige maatregelen bij uiterst dringende noodzakelijkheid om de belangen van de vreemdeling veilig te stellen, zoals momenteel voorzien in artikel 39/84 van de Vreemdelingenwet. De belangen van de vreemdeling kunnen dan veilig gesteld worden door de gedwongen tenuitvoerlegging van het eerder afgegeven terugkeerbesluit voorlopig te schorsen.<sup>2399</sup> Daarbij kan worden bepaald dat deze vordering tot het horen bevelen van voorlopige maatregelen bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan worden ingesteld voordat het niet-schorsend annulatieberoep tegen de tweede of volgende niet-ontvankelijkheidsbeslissing wordt ingediend.

1111. In artikel 39/84 van de Vreemdelingenwet kan worden bepaald dat de vordering bij uiterst dringende noodzakelijkheid moet worden ingesteld binnen de vijf de dagen nadat de vreemdeling werd vastgehouden. Er kan in artikel 39/83 van de Vreemdelingenwet vervolgens worden bepaald dat de gedwongen verwijdering pas op zijn vroegst mag plaatsvinden vijf dagen na de vasthouding van de vreemdeling.<sup>2400</sup> Op deze wijze beschikt de vreemdeling over een redelijke termijn om dit ultieme rechtsmiddel tegen zijn gedwongen verwijdering aan te wenden en wordt de gedwongen tenuitvoerlegging van het

---

<sup>2399</sup> Er wordt verwezen naar artikel 39/84 van de Vreemdelingenwet, omdat gebruik maken van artikel 39/82, § 4 of artikel 39/85 van de Vreemdelingenwet in het kader van de voorgestelde alomvattende humanitaire verblijfsprocedure niet mogelijk is. Artikelen 39/82, § 4 en 39/85 van de Vreemdelingenwet hebben enkel betrekking op nog niet-beslechte verwijderingsbeslissingen. In het kader van de humanitaire verblijfsprocedure maakt de verwijderingsbeslissing deel uit van de geheel afwijzende meeromvattende beschikking die werd genomen n.a.v. de eerste aanvraag. Bij het indienen van een derde aanvraag kan er vanuit worden gegaan dat de Raad zich reeds heeft uitgesproken over de eerste aanvraag waarvan de verwijderingsbeslissing deel uitmaakt en die nu ten uitvoer wordt gebracht, ofwel is de vreemdeling niet in beroep gegaan maar kan worden aangenomen dat de beroepstermijn tegen de beslissing inzake de eerste aanvraag reeds verlopen is. Bovendien moet na het arrest *Josef* worden aangenomen dat het vorderen bij uiterst dringende noodzakelijkheid van voorlopige maatregelen bij de schorsing van de tenuitvoerlegging van de verwijderingsmaatregel, zeker nu er via het nieuwe artikel 39/85 van de Vreemdelingenwet een constructie is die in de praktijk moeilijk te hanteren, te complex en te ingewikkeld is om nog voor de repatriëring een daadwerkelijk onderzoek te verkrijgen van de middelen op basis van artikel 3 EVRM.

<sup>2400</sup> RvV 17 februari 2011, arresten nrs. 56.201 tot 56.205, 56.207 en 56.208 EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09, *M.S.S. v. Griekenland en België*, par. 390.

terugkeerbesluit bij het tijdig indienen van een vordering bij uiterst dringende noodzakelijkheid geschorst tot de Raad uitspraak heeft gedaan over de vordering.

1112. Na het arrest *Josef* stelt zich evenwel de vraag of er enkel wanneer een dwangmaatregel wordt genomen sprake is van een uiterst dringende noodzakelijkheid. Kunnen andere situaties ook geen aanleiding geven tot een uiterst dringende noodzakelijkheid? Zoals eerder gesteld, betekent dit m.i. dat de Raad de mogelijkheid moet behouden om steeds rekening te houden met de individuele omstandigheden en in uitzonderlijke gevallen en met het oog op het naleven van de vereisten gesteld door artikel 13 EVRM, de schorsing van de gedwongen tenuitvoerlegging van het eerder afgegeven terugkeerbesluit te schorsen, zelfs indien de verzoeker niet het voorwerp uitmaakt van een dwangmaatregel. Deze mogelijkheid geldt telkens wanneer het nodig en dringend blijkt over te gaan tot een daadwerkelijk onderzoek van de grieven voortvloeiend uit een schending van artikel 3 EVRM, bv. omwille van kwetsbare omstandigheden. Het gegeven dat een verzoeker niet wordt vastgehouden met het oog op een gedwongen verwijdering, betekent dus niet automatisch dat er geen sprake is van een uiterst dringende noodzakelijkheid.

1113. De Raad zou dan bij voorlopige maatregel kunnen bevelen om de gedwongen tenuitvoerlegging van het eerder afgegeven terugkeerbesluit te schorsen onder de tweevoudige voorwaarde dat de vreemdeling de uiterst dringende noodzakelijkheid aantoonst en dat hij minstens een ernstig middel aanvoert dat duidt op een *prima facie*-schending van de artikelen 3 en 8 van het EVRM wanneer de verwijdering wordt uitgevoerd. Ik pleit er voor om de formalistische voorwaarde van een “moeilijk te herstellen ernstig nadeel” te laten vervallen. Het moeilijk te herstellen ernstig nadeel wordt immers geacht aanwezig te zijn wanneer er een *prima facie*-schending van artikelen 3 en 8 EVRM wordt vastgesteld.

1114. Om het nuttig effect van dit ultieme rechtsmiddel te garanderen is het van belang dat de Raad rekening kan houden met nieuwe elementen om het risico op een *prima facie*-schending van de artikelen 3 en 8 van het EVRM bij gedwongen verwijdering te evalueren. In artikel 39/84 van de Vreemdelingenwet zou dan duidelijk moeten worden bepaald dat het onderzoek naar de vordering bij uiterst dringende noodzakelijkheid een *ex nunc*-onderzoek omvat van zowel de feitelijke als juridische gronden van het terugkeerbesluit dat in de afwijzende meeromvattende beschikking besloten ligt. Hierdoor kan de Raad rekening houden met nieuwe beschermingsnaden, zoals de actuele situatie in het land van herkomst, een ziekte of evoluties in het gezins- of privéleven van een vreemdeling.

1115. Het schorsen van de gedwongen verwijdering blijft dan gehandhaafd tot de Raad zich heeft uitgesproken over het niet-schorsend beroep tot nietigverklaring van de beslissing tot niet-ontvankelijkheid van een herhaalde aanvraag. Indien de Raad het beroep tot nietigverklaring tegen de onontvankelijkheidsbeslissing verwerpt, dan herleeft de gedwongen verwijderingsmogelijkheid.

### Afdeling 3. Besluit

1116. Er werden hierboven enkel de grote lijnen geschetst van hoe een alomvattende humanitaire verblijfsprocedure er uit zou kunnen zien. Ik ben me wel bewust van een aantal leemten, tegenstrijdigheden of onbeantwoorde vragen. Het voorstel voor een humanitaire verblijfsprocedure, dat streeft naar een alomvattend en ambtshalve onderzoek van (bijkomende) beschermingsnoden en dat wordt afgesloten met één meeromvattende beschikking, is zeker voor verdere verbetering, stroomlijning, kritiek en nuancering vatbaar. Mijn opzet bestond er vooral in om “*out of the box*” te denken, d.w.z. ver weg van het keurslijf dat de huidige Vreemdelingenwet nu oplegt daar dit de enige manier lijkt om uit de complexiteit ervan te geraken, en een blauwdruk voor een mogelijke oplossing aan te bieden.

1117. Het keurslijf dat de Vreemdelingenwet momenteel oplegt, leidt ertoe dat er verschillende verblijfsprocedures voor bijkomende beschermingsnoden openstaan. De Vreemdelingenwet is immers zo opgebouwd dat voor elke aangevoerde beschermingsnood een eigen afzonderlijke asiel- of verblijfsaanvraag moet worden ingediend. Dit lokt het oneigenlijk gebruik of misbruik van opeenvolgende procedures uit. Bij een afwijzing van deze aanvraag, wordt een afzonderlijke asiel- of verblijfsbeslissing genomen, waartegen een afzonderlijk beroep openstaat. Elke negatief afgesloten verblijfsprocedure zal er in de praktijk bovendien toe leiden dat een beslissing tot verwijdering wordt genomen waartegen wederom een beroep kan worden ingediend. Tegen elke beslissing tot verwijdering kan bovendien een uitzettingsbevel worden ingeroepen dat zal moeten worden onderzocht. Het systeem waarvoor werd gekozen in de Vreemdelingenwet kan zo worden aangewend om een terugkeer op onterechte gronden uit te stellen. Verblijfsrechtelijke procedures en beroepsprocedures worden opeengestapeld, wat zorgt voor complexiteit en een overbelasting van de betrokken administraties en rechtscolleges. De betrachting van de wetgever om opeenvolgende procedures die door vreemdelingen op verschillende rechtsgronden worden opgestart, om toch maar een verblijfsvergunning te bekomen, op een juridische wijze te ontmoedigen, wordt niet waargemaakt.

1118. Een bijzondere aandacht gaat uit naar de DVZ. Deze administratie is zowel in het kader van het humanitair migratiebeleid als in het kader van een (gedwongen) terugkeerbeleid dagdagelijks verplicht te werken met een zeer complexe en juridisch-technische Vreemdelingenwet. Deze Vreemdelingenwet heeft in recente jaren bovendien een toename aan Unierecht geabsorbeerd. Er is herhaaldelijk gesleuteld aan de Vreemdelingenwet, vaak op een *ad hoc* basis en in afwezigheid van een coherente visie, wat de leesbaarheid en praktische bruikbaarheid van de Vreemdelingenwet heeft ondermijnd. Tegenstrijdigheden en lacunes in de Vreemdelingenwet belemmeren de werking van de DVZ op het terrein. De DVZ moet ook rekening houden met rechtspraak van het EHRM en het HvJ die niet noodzakelijk steeds gelijklopend is. Voorts is ook de rechtspraak van de Raad van State en de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen bepalend voor de werking van de DVZ maar een gebrek aan éénheid in de rechtspraak binnen de rechtscolleges zelf en tussen de rechtscolleges onderling, maakt dat de DVZ geen rechtszekerheid kan geven over de effectieve gevolgen van zijn beslissingen. Onder invloed van artikel 41 van het Handvest, wordt de DVZ geconfronteerd met een toenemende invloed van een aantal algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals de hoorplicht en de daarmee gepaard gaande uitdrukkelijke motiveringsplicht. Dit zal de DVZ ertoe nopen om zijn besluitvormingsprocedures te herbekijken. Dat de DVZ het als actor in het humanitaire migratie- en terugkeerbeleid zeer moeilijk heeft, hoeft niet te verwonderen. Een vereenvoudiging van de Vreemdelingenwet, gesteund door een coherente beleidsvisie, kan hier remediëren. Minstens even belangrijk lijkt mij evenwel een her- en opwaarderen van de taken en de verantwoordelijkheden die op de DVZ berusten. In het kader van een

toenemende juridisering van deze materie, moet in het bijzonder worden geïnvesteerd in zgn. *'frontloading'*, met name in personeel dat met de nodige juridische kennis afdoende gemotiveerde beslissingen kan nemen zodat een versterkte kwaliteitsvolle besluitvorming in eerste aanleg wordt gegarandeerd. Deze caveat geldt eveneens mocht de wetgever ervoor opteren om het CGVS en de DVZ te fusioneren in één centrale beslissingsautoriteit.

1119. Indien de wetgever heil zou zien in het voorstel voor één alomvattende humanitaire verblijfsprocedure, dan is het aangewezen dat een 'impact assessment' wordt uitgevoerd waarbij de te verwachten gevolgen van zulke verregaande beleids- en wetswijziging in kaart worden gebracht. Deze beoordeling zou moeten peilen naar de sociale impact van het voorstel op de Belgische samenleving en op de vreemdeling die bescherming zoekt; naar de impact van het voorstel op het handhaven van grond- en mensenrechten; en naar de economische en financiële impact van het voorstel. Dit laatste houdt een berekening in van de kostprijs van het instellen van een nieuwe alomvattende humanitaire verblijfsprocedure. Deze kosten betreffen niet enkel de gewoonlijke kosten van werking en personeel maar ook een raming van de kosten van opvang. De alomvattende humanitaire verblijfsprocedure wordt immers opgestart door het indienen van een aanvraag om internationale bescherming. De vreemdeling heeft dus een recht op opvang tot hij een beslissing heeft gekregen over zijn aanvraag. Omdat in de humanitaire verblijfsprocedure ook onderzoek wordt gevoerd naar bijkomende beschermingsnoden, zal de duur van deze procedure langer uitvallen dan die van de huidige asielprocedure wat een invloed heeft op de opvangkosten.

Daar staan echter ook heel wat voordelen tegenover. Door één humanitaire verblijfsprocedure in te stellen waarin een volledige en integrale beoordeling wordt gemaakt van alle relevante aspecten met betrekking tot een nood aan bescherming en door niet meer te voorzien in talrijke aparte humanitaire verblijfsprocedures, vereenvoudigt men het huidige systeem, gaat men oneigenlijk gebruik en misbruik tegen en speelt men preventief in op eventuele uitzettingsbeletselen.

De humanitaire verblijfsprocedure zal in eerste instantie meer tijd in beslag nemen dan de huidige asielprocedure, maar dit wordt ruimschoots goedge maakt door het gegeven dat op basis van de tijdens de gehoren verkregen informatie een ambtshalve onderzoek wordt verricht naar andere bijkomende beschermingsgronden of beletselen die de terugkeer verhinderen. Dit vermindert grotendeels de latere noodzaak of wens tot het indienen van andere (vervolg)aanvragen. Het zoveel mogelijk meenemen van bijkomende noden aan bescherming, zoals minderjarigheid, medische omstandigheden en het slachtofferschap mensenhandel, geeft meteen uitsluitsel over de vraag of een terugkeer mogelijk is. Worden er na afwijzing van een eerste aanvraag herhaalde aanvragen ingediend, dan zal het dossier dat reeds is opgebouwd in het kader van de eerste aanvraag om internationale bescherming toelaten om snel te beoordelen wat er is gewijzigd ten opzichte van de eerdere situatie. De humanitaire verblijfsprocedure maakt een efficiënter vrijwillig en gedwongen terugkeerbeleid als sluitstuk van het humanitair beleid mogelijk, aangezien alle beschermingsnoden konden worden aangebracht en geacht worden zorgvuldig te zijn onderzocht.

1120. De doorlooptijd van één langere alomvattende procedure weegt niet op tegen de totale duur van de doorlooptijden van de verschillende verblijfsprocedures en beroepsprocedures die momenteel achtereenvolgens kunnen worden aangewend. Het is immers niet ondenkbaar dat de mogelijkheid tot het aanwenden van verschillende asiel-, verblijfs- en beroepsprocedures en de duur van al die behandelingstermijnen op zich een aantrekkingsfactor vormen omdat men hoopt op die wijze uiteindelijk lang genoeg op het Belgische grondgebied te verblijven om in aanmerking te komen voor een regularisatie. Door gebruik te maken van één humanitaire verblijfsprocedure zullen op het einde van de rit de betrokken vreemdelingen veel minder lang op het Belgisch grondgebied hebben verbleven dan

wanneer verschillende verblijfsprocedures en beroepsprocedures worden opeengestapeld. De maatschappelijke minderkost is dan ook duidelijk: door komaf te maken met het aantal asiel-, verblijfs- en beroepsprocedures dat men kan instellen, wordt een onregelmatig verblijf niet meer gerekt en worden geen loze verwachtingen gecreëerd.

1121. Eén alomvattende procedure heeft ook het voordeel van de duidelijkheid, terwijl het aanwenden van verschillende verblijfsprocedures voor verwarring en complexiteit kan zorgen, de werking van de betrokken administraties en rechtscolleges ernstig bemoeilijkt en een efficiënt terugkeerbeleid kan doorkruisen of tegenwerken. Eén alomvattende procedure leidt ook tot een vermindering van de werkings- en personeelskosten bij DVZ, het CGVS en de Raad.

Het biedt ook duidelijkheid aan de vreemdeling in die zin dat hij zich geen zorgen meer moeten maken over het instellen van de juiste procedure. Het geeft de vreemdeling de zekerheid dat hij slechts één procedure moet aanwenden waarin hij al zijn eventuele beschermingsnoden uiteen kan zetten. Een efficiënte humanitaire verblijfsprocedure vergt wel dat de vreemdeling correct wordt ingelicht over de mogelijkheid van een ambtshalve onderzoek naar bijkomende beschermingsnoden. Er wordt hem de waarborg verschaft dat in één procedure al zijn geuite noden aan bescherming wordt onderzocht en hem bij het beëindigen ervan duidelijkheid zal worden verschaft over de gegrondheid van de voorgehouden nood aan bescherming. Bij een afwijzende beschikking zal het voor een vreemdeling daardoor ook meteen duidelijk zijn dat er geen mogelijkheden voor een verder verblijf meer zijn.

Belangrijk is dat een kwaliteitsvolle besluitvorming plaats heeft in eerste aanleg. Er moet maximaal wordt ingezet op “*frontloading*”, dit is het investeren van beschikbare middelen in de versterkte kwaliteit van de besluitvorming om de humanitaire verblijfsprocedure eerlijk en efficiënt te maken. Dit houdt in dat de nodige procedurele en inhoudelijke waarborgen aanwezig zijn (bv. een snelle en gemakkelijke toegang tot de humanitaire verblijfsprocedure; een proactieve informatieplicht over de mogelijkheid van de humanitaire verblijfsprocedure; een informatieplicht gedurende en na de procedure over de mogelijke gevolgen, een persoonlijk onderhoud in geschikte omstandigheden en met juiste interviewtechnieken waarbij men oog heeft voor kwetsbare personen; een correcte rapportering van het persoonlijk onderhoud; beslissingsautoriteiten die beschikken over gedegen kennis d.m.v. regelmatige opleidingen en een deugdelijk onderzoek kunnen voeren op basis van nauwkeurige en actuele landeninformatie; kosteloze juridische en procedurele informatie; actieve bijstand door een raadsman, juridisch adviseur of personen uit organisaties of groepen die specifieke rechtsbijstand verlenen aan vreemdelingen; het hanteren van korte termijnen; het uitvaardigen van goed gemotiveerde en onderbouwde beslissingen; enz.).<sup>2401</sup> Door een kwaliteitsvolle en goede gemotiveerde beschikking in eerste aanleg te nemen, kunnen dilatoire beroepen worden vermeden.

1122. Doordat een geheel afwijzende meeromvattende beschikking tevens een terugkeerbesluit is, vermijdt men ook vele problematische punten die kunnen rijzen door het nemen van een aparte verblijfsbeslissing en een aparte verwijderingsbeslissing. Doordat er slecht één terugkeerbesluit wordt genomen, vermijdt men een opeenstapeling van verwijderingsbeslissingen en beroepsprocedures daartegen. Tenslotte heeft het aanduiden in de meeromvattende beschikking van het land ten aanzien waarvan de terugkeerverplichting geldt, verder tot voordeel dat de vreemdeling de mogelijkheid heeft om op nuttige wijze een

---

<sup>2401</sup> Zie in deze context de waarborgen die worden voorzien in Richtl. 2013/32/EU, en die worden besproken in de inleiding.

beroep in te stellen. De Raad zal zich in een beroep tegen een meeromvattende beschikking niet meer op hypothetische wijze moeten uitspreken over een grief, aangezien er dan wel zekerheid en duidelijkheid bestaat over het land waarnaar de vreemdeling moet terugkeren of het land waarnaar de vreemdeling gedwongen zal worden verwijderd indien hij uit eigen beweging geen gevolg geeft aan de terugkeerverplichting. Daarmee wordt een andere ‘*protection gap*’ overbrugd en nodeloze UDN-procedures vermeden.

1123. Door het systeem van de voorgestelde humanitaire verblijfsprocedure te enten op het Nederlandse voorbeeld waarin een afwijzend meeromvattende beschikking van rechtswege bepaalde gevolgen doet intreden en niet meer te voorzien in aparte verblijfs- en verwijderingsbeslissingen, worden eveneens de mogelijkheden tot het indienen van verschillende beroepsprocedures verminderd doordat in één procedure alle elementen en gevolgen van een afwijzing van een aanvraag aan de rechter ter beoordeling worden voorgelegd. Het voorstel wenst ook tegemoet te komen aan de eerder besproken kritiek van het Grondwettelijk Hof en het EHRM.

1124. Waar de Raad zich in bepaalde gevallen nu gewrongen weet tussen het wettelijk kader van de Vreemdelingenwet waar zijn bevoegdheid als annulatierechter is beperkt tot een wettigheidstoezicht *ex tunc*, waardoor hij geen acht mag slaan op elementen die dateren van na de bestreden beslissing, enerzijds, en de vereiste van een volledig, nauwgezet en zorgvuldig onderzoek onder artikelen 3, 8 en 13 van het EVRM, anderzijds, biedt de voorgestelde beroepsprocedure een uitweg voor dit onhoudbare spagaat. De voorgestelde beroepsprocedure voorziet dat de Raad steeds overgaat tot een volledige en *ex nunc*-toetsing van de feitelijke en juridische gronden van de geheel of gedeeltelijke afwijzende meeromvattende beschikking of onontvankelijkheidsbeslissing zodat voldaan wordt aan die eerste vereiste van een daadwerkelijk rechtsmiddel.

De omvang van de rechterlijke toets die de Raad moet voeren werd uitgebreid besproken, net zoals de gevolgen die verbonden kunnen worden aan de conclusies van die rechterlijke toetsing. Een snelle en definitieve geschillenbeslechting kan worden bevorderd door aan de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen bijkomende bevoegdheden toe te kennen die zich situeren in een spectrum tussen de klassieke en beperkte “blote” vernietiging, enerzijds, en het ruimere hervormingsberoep, anderzijds. Dienaangaande werden volgende suggesties aan de wetgever gedaan: verduidelijkende arresten met injunctiebevoegdheid en opleggen van dwangsom, bemiddeling, het zgn. passeren van gebreken, het in stand houden van de rechtsgevolgen van een vernietigde beslissing, het zelf voorzien in de zaak en de bestuurlijke lus. Het is aan de wetgever om te beslissen of hij bijkomende bevoegdheden wil toekennen en welke hij het meest geschikt acht. Een uitbreiding van bevoegdheden zou de Raad niettemin in staat stellen om naargelang de omstandigheden van de zaak het meest geschikte instrument te kiezen dat een spoedige en definitieve geschillenbeslechting toelaat. Het verhoogt niet enkel de efficiëntie van de beroepsprocedure, maar laat de Raad ook toe om meteen een inhoudelijke beoordeling te maken van het geschil, zonder daarvan te worden afgeleid door gebreken. Zowel het CGVS en de DVZ als de vreemdeling weten veel sneller waar ze aan toe zijn. Het opeenstapelen van verblijfs- en beroepsprocedures wordt daardoor verder vermeden. Het is evenwel duidelijk dat deze instrumenten met de nodige waakzaamheid moeten worden omkaderd en toegepast. De drang en wens naar definitieve geschillenbeslechting die bij vele bestuursrechters leeft, mag niet ten koste gaan van de rechtsbescherming en de rechtszekerheid van alle partijen betrokken in het geding. In die zin moet worden gewaakt dat de bestuursrechter zich onpartijdig en onafhankelijk opstelt en dus geen voorkeursbehandeling van het bestuur noch van de vreemdeling laat blijken. De bestuursrechter mag zich derhalve niet te ver op het domein van de discretionaire bevoegdheid van het bestuur begeven en deze inperken. Voorts moet aandacht worden

besteed aan een omkadering waarin de rechten van verdediging, het recht op tegenspraak en de toegang tot de rechter worden gewaarborgd.

Het beroep tegen een geheel afwijzende meeromvattende beschikking en tegen een eerste onontvankelijkheidsbeslissing genomen in het kader van tweede asielaanvraag, is steeds automatisch schorsend. Er werden verschillende opties voorgelegd om misbruik van verdere herhaalde aanvragen te voorkomen, zonder dat het geheel evenwel afbreuk doet aan het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel. Daarom tracht het voorstel ook zo ver mogelijk weg te blijven van vormvereisten, procedureregels en complexe termijnen. De voorgestelde procedure wil zo eenvoudig mogelijk zijn zodat steeds een inhoudelijk onderzoek van de zaak mogelijk is. Het is mijn overtuiging dat een dergelijke benadering evenzeer tot de rechtsbescherming als tot de efficiëntie bijdraagt en zowel oneigenlijk gebruik en misbruik kan worden voorkomen. Immers, het hanteren van vormvereisten kan het beoogde doel van de vreemdeling verhinderen, met name een uitspraak over de inhoud van zijn zaak, en kan ertoe bijdragen dat een daadwerkelijke terugkeer of gedwongen verwijdering niet mogelijk is omdat een beschermingsnood nog niet werd onderzocht. Dit geeft valse hoop en draagt bij tot een opeenstapeling van procedures. Een alomvattende procedure die toelaat meteen uitspraak te doen over de inhoud van de zaak, geeft alle betrokkenen de nodige klaarheid en duidelijkheid.

1125. Dit voorstel vergt een hervorming van de wet, een herorganisatie van de betrokken administraties, met name het CGVS en de DVZ, meer bepaald een herverdeling van middelen en personeel, en een herorganisatie van de Raad. Dit is m.i. echter niet onoverkomelijk. De voorgestelde humanitaire verblijfsprocedure maakt komaf met de strikte scheiding tussen asiel, migratie en verwijdering, maar benadert de aangebrachte beschermingsnood van een vreemdeling op een integrale en alomvattende wijze waardoor niet enkel de efficiëntie maar ook een goede rechtsbedeling en rechtsbescherming wordt gegarandeerd.

Het verminderen van de opeenstapeling van asielprocedures, humanitaire verblijfsprocedures en beroepsprocedures en het instellen van één efficiëntere procedure leidt m.i. tot aanzienlijke besparingen en een vermindering van de werklast, niet enkel in de administraties en de Raad maar ook in de materiële opvangvoorzieningen en de financiële hulp en in de kosteloze rechtsbijstand. Daardoor wordt ruimte gecreëerd, in personeel en middelen, voor alternatieve beschermingsmogelijkheden zoals de uitbouw van structureel hervestigingsbeleid en de verlening van humanitaire visa waardoor de verantwoordelijkheid die België opneemt om bescherming te bieden aan vreemdelingen in nood pas echt volledig wordt.





## **EINDBESLUIT: NOOD AAN VERDERE EU-HARMONISATIE en/of VERSTERKING OP NATIONAAL NIVEAU?**

1126. Het gevoerde onderzoek naar de wisselwerking tussen de verschillende juridische dimensies inzake bijkomende bescherming en de vaststelling dat nationale bijkomende beschermingsstatuten worden gehanteerd, leidt terug naar de centrale onderzoeksvraag in dit proefschrift: is er nood aan de verdere EU-harmonisatie van die nationale bijkomende beschermingsstatuten die in weerwil van de verdere ontwikkeling van het Gemeenschappelijk Europees Asielsysteem en een gemeenschappelijk EU-migratiebeleid tot vandaag parallel daarvan blijven bestaan?

1127. Onder invloed van de internationale minimumstandaarden inzake de bijkomende bescherming voor vreemdelingen, doet zich een toenemende beschermingstendens ten aanzien van vreemdelingen voor in het Unierecht, in het bijzonder in de EU-asiel- en immigratiewetgeving. Dit heeft tot grote verdiensten geleid, zoals blijkt uit Hoofdstuk 2 van Deel 1. Er werden EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten geïntroduceerd voor vreemdelingen die hun land ontvluchten. Deze internationale bescherming omhelst de vluchtelingenstatus, de subsidiaire beschermingsstatus en de tijdelijke beschermingsstatus. Deze beschermingsstatuten kennen een ruime inhoud en worden verleend op basis van gemeenschappelijke criteria en via gemeenschappelijke procedures. Er worden ook EU-geharmoniseerde beschermingsmechanismen voorzien voor de slachtoffers van mensenhandel, mensensmokkel en zwartwerk.

1128. Anderzijds blijkt dat een volledige harmonisatie van de EU-gemeenschappelijke asiel- en immigratieregelgeving niet werd bereikt en in wezen ook niet werd vooropgesteld. Bij de lidstaten leeft de bezorgdheid om de soevereine bevoegdheid die hen nog rest in deze materie zoveel mogelijk te behouden. Ook na een tweede fase van harmonisatie en herschikking van richtlijnen, blijven, als gevolg van politieke compromissen afwijkingen, uitzonderingen en optionele bepalingen in de betrokken EU-regelgeving aanwezig en werden bepaalde begrippen uit de EU-regelgeving bewust niet verder verduidelijkt. Dit kan aanleiding geven tot ongelijke bescherming in de EU.

1129. Niet alle mogelijke bijkomende beschermingsnoden worden beantwoord vanuit deze EU-gemeenschappelijke asiel- en immigratieregelgeving. Bepaalde bijkomende beschermingsnoden worden niet beantwoord (bv. ten aanzien van ernstige zieke vreemdelingen, natuurrampen of humanitaire crisissen). Andere noden wordt slechts beperkt en gedeeltelijk gedekt door het Unierecht (bv. ten aanzien van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen, niet-verwijderbare personen) waardoor de bescherming beperkt is tot niet-verwijdering van het grondgebied maar de verdere invulling van de bescherming aan de soevereine bevoegdheid van de lidstaten wordt gelaten. Zoals eerder vermeld, betoogde de Europese Commissie in haar Asielbeleidsplan van 2008 nog dat het tijdens *“de tweede fase van het GEAS dan ook belangrijk is om bijzondere aandacht te besteden aan subsidiaire en andere vormen van bescherming.”*<sup>2402</sup> De uitkomst van de onderhandelingen over de tweede

---

<sup>2402</sup> Europese Commissie van de Europese Gemeenschappen, Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's inzake een

fase van het GEAS geeft evenwel geen blijk van andere vormen van bescherming dan diegene die werden opgenomen onder de noemer “internationale bescherming”. Hoewel in het Stockholmprogramma het voornemen werd ingeschreven voor de Europese Commissie om, indien dit nodig is, het GEAS uit te breiden en nieuwe wetgevingsinstrumenten voor te stellen op basis van een evaluatie, lijkt er niet meteen een draagvlak te zijn om andere bijkomende beschermingsnoden onder de werkingsfeer van het GEAS te plaatsen.<sup>2403</sup>

1130. De lidstaten behouden de mogelijkheid om meer gunstige bepalingen in hun nationale regelgeving te handhaven of vast te stellen, zolang deze verenigbaar zijn met de betrokken richtlijn. Bij het beoordelen van de verenigbaarheid van de gunstigere bepalingen moet rekening worden gehouden met het gegeven dat er geen sprake is van een volledige harmonisatie en het gegeven dat de betrokken EU-regelgeving opereert vanuit een bindend en evoluerend mensenrechtenkader, wat de lidstaten nog een zekere beleidsruimte geeft om hogere beschermingsnormen te handhaven of vast te stellen. Tenslotte voorziet de betrokken EU-regelgeving, impliciet dan wel expliciet, in de mogelijkheid om andere, niet onder de EU-regelgeving vallende bescherming en dus nationale bijkomende bescherming toe te kennen, bijvoorbeeld omwille van mededogen of op humanitaire gronden. Zoals PEERS stelt: *“In any event, it should be recalled that as long as the EU has not fully harmonized all aspects of immigration and asylum law, Member States would remain competent to permit a person to stay on the territory on grounds falling outside the scope of EU asylum legislation, and to adopt national procedural rules and reception conditions to that end.”*<sup>2404</sup>

1131. Zolang de Unie dus geen volledig harmoniserende rol op zich neemt in het EU-asiel- en immigratiebeleid, beschikken de lidstaten nog steeds in bepaalde mate over een soevereine beleidsruimte en de bevoegdheid om nationale bijkomende bescherming te verlenen. Hoofdstuk 1 van Deel 2 bracht dan ook aan het licht dat EU-lidstaten onder invloed van de besproken internationale minimumstandaarden, door het besef dat er zich lacunes voordoen op EU-niveau, op grond van humanitaire redenen of vanuit mededogen alsook vanuit beleidskeuzes op het gebied van migratiebeheer, de hun resterende soevereine bevoegdheid aanwenden om te blijven voorzien in nationale bijkomende bescherming. Het opmerkelijke aantal nationale bijkomende beschermingsstatuten en beschermingsvormen in de lidstaten van de EU wijst overduidelijk op een nood of noden aan bijkomende bescherming en de behoeften bij de lidstaten om aan deze beschermingsnoden tegemoet te komen. De nationale bijkomende beschermingsstatuten en -vormen worden gekenmerkt door een grote verscheidenheid wat betreft de gronden, de procedures die toegang geven tot deze nationale bijkomende beschermingsstatuten en de inhoud van de toegekende bescherming, in het bijzonder de betreffende verblijfsrechten, materiële rechten en de duur van het toegekende verblijf.

1132. Er bestaat het risico dat deze nationale bijkomende beschermingsstatuten, door hun verscheidenheid, een ongelijke bescherming en ongelijke behandeling van vreemdelingen verder in de hand werken en daardoor aanleiding kunnen geven tot secundaire migratiestromen. Dit betekent dat de nationale bijkomende beschermingsstatuten, die grotendeels voortspuiten uit een onvolledige EU-harmonisering, paradoxaal genoeg de verdere ontwikkeling van een EU-gemeenschappelijk asiel- en immigratiebeleid, als onderdeel van de Europese ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, kunnen verhinderen.

---

“Asielbeleidsplan: een geïntegreerde aanpak van bescherming in de hele EU” van 17 juni 2008, COM(2008) 360 definitief, 3 en 6.

<sup>2403</sup> Meerjarenprogramma 2010-2014 betreffende de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht: Stockholmprogramma, Raadsdocument nr. 17024/09 van 2 december 2009, *Pb.C.* 4 mei 2010, afl. 115, 32.

<sup>2404</sup> S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 309.

1133. Dienen nationale bijkomende beschermingsstatuten, gezien hun co-existentie met EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten en in het licht van de doelstellingen van de Europese ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, dan te worden geïncorporeerd in het Unierecht? Een incorporatie in het Unierecht van nationale bijkomende beschermingsstatuten die gebaseerd zijn op internationale minimumstandaarden ligt op het eerste gezicht wellicht meer voor de hand en vindt waarschijnlijk meer instemming en steun dan de incorporatie van overige nationale bijkomende beschermingsstatuten, die eerder op nationale grondrechten, humanitaire overwegingen of nationale beleidsoverwegingen zijn gebaseerd. Het is voor de lidstaten makkelijker om de invoering van een nieuw beschermingsstatuut te verdedigen wanneer dit wortels vindt in internationale minimumverplichtingen.

Er doet zich evenwel een onderhandelingsvermoeidheid voor bij de lidstaten waarmee ernstig rekening moet worden gehouden. Hoewel in het licht van een gelijke behandeling en gelijke bescherming in de EU en het tegengaan van secundaire migratiestromen, het aangewezen lijkt om, op basis van het subsidiariteitsbeginsel, een volledige en hoogwaardige EU-harmonisatie na te streven, lijkt het heden weinig realistisch dat de Unie een volledig harmoniserende rol op zich zal nemen. De lidstaten lijken weinig bereid om hun medewerking te verlenen aan de verdere uitbreiding van de EU-regelgeving en de nationale bijkomende beschermingsstatuten voorwerp te maken van verdere EU-harmonisatie.

In de conclusies van juni 2014 heeft de Europese Raad strategische richtsnoeren voor de wetgevende en operationele programmering in de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht voor de komende jaren vastgesteld, waarbij onder meer het volgende wordt benadrukt: *“Wil de Unie haar gehechtheid aan internationale bescherming waar kunnen maken, dan heeft zij een sterk Europees asielbeleid nodig dat berust op solidariteit en verantwoordelijkheid. De onverkorte omzetting en effectieve uitvoering van het gemeenschappelijk Europees asielstelsel (CEAS) is een absolute prioriteit. Dat moet leiden tot hoge gemeenschappelijke normen en intensievere samenwerking, waardoor een gelijk speelveld wordt gecreëerd dat asielzoekers in de hele Unie dezelfde procedurele waarborgen en bescherming biedt. Dit moet samengaan met een versterkte rol voor het Europees Ondersteuningsbureau voor asielzaken (EASO), met name bij het bevorderen van de uniforme toepassing van het acquis. Door de onderlinge afstemming van de praktijken zal het wederzijds vertrouwen toenemen en zullen in de toekomst nog andere stappen kunnen worden gezet.”*<sup>2405</sup> Dit bevestigt dat de Unie de komende jaren voornamelijk werk wil maken van een consolidatie en implementatie van bestaande regels, eerder dan van het formuleren van nieuwe regels.

1134. Dit is een realiteit die moet worden aanvaard. Maar in plaats van de ‘onvolledigheid’ van de EU-harmonisatie te betreuren en te bekritisieren, kan men trachten deze ‘onvolledigheid’ op een positieve en pragmatische wijze te benaderen. Daarbij moet geen nadruk worden gelegd op wat nog niet is bereikt maar wel op wat reeds succesvol is bewerkstelligd. Uiteindelijk blijft het EU-asiel- en immigratiebeleid, met zijn EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten en –mechanismen, gezien de politieke gevoeligheden in dit domein, een wereldwijd unicum. Het is zeker een ‘*work in progress*’, waarvan de fundamenteën in EU-regelgeving werden gegoten.

Het lijkt er evenwel op dat de meerwaarde van een EU beschermingsbeleid ten aanzien van vreemdelingen heden elders moet worden gezocht, d.i. buiten verdere EU-regelgeving om. Er moet worden gezocht naar die domeinen waar de EU-bevoegdheden inzake asiel en immigratie het best worden uitgeoefend. Wat kunnen de lidstaten het beste doen naast en samen met de EU maar niet in afwezigheid van de EU?

---

<sup>2405</sup> Europese Raad, Raadsconclusies van 26 en 27 juni 2014, Brussel, doc. nr. EUCO 79/14.

Ik pleit daarom niet (langer) voor een verdere ‘horizontale’ harmonisatie, d.w.z. een uitdrukkelijke uitbreiding van de gemeenschappelijke EU-asiel- en immigratieregelgeving naar andere bijkomende beschermingsnoden. De voorkeur wordt gegeven aan een ‘verticale’ harmonisatie, d.i. een verder consolideren en verdiepen van het reeds bestaande gemeenschappelijk EU-kader inzake de bescherming van vreemdelingen, met name de EU geharmoniseerde beschermingsstatuten en -mechanismen. Deze verdieping kan worden begrepen als het zich concentreren op de kerndoelstellingen van het EU asiel- en immigratiebeleid, waarbij nevendoelestellingen (voorlopig) terzijde worden. Verdieping wil ook zeggen dat harmonisatie niet enkel meer in theorie en op papier bestaat, maar zich eveneens in de praktijk weerspiegelt.

1135. In een intra-EU-kader impliceert dit dat meer aandacht wordt besteed aan het bewerkstelligen van een diepgaandere solidariteit tussen de lidstaten. Solidariteit tussen lidstaten mag geen vrijblijvend gegeven meer zijn, maar moet op een meer bindende wijze worden versterkt. Krachtens artikel 80 VWEU liggen aan het Uniebeleid en de uitvoering daarvan de beginselen van solidariteit en billijke verdeling van de verantwoordelijkheid tussen de lidstaten, ook op financieel vlak, ten grondslag. Solidariteit mag evenwel niet worden verengd tot een betere lastenverdeling op financieel vlak, door het voorzien van EU-fondsen, of op materieel vlak. In een studie van 2011 werd erop gewezen dat solidariteit ook kan worden begrepen als *“a tool to assist other Member States to reach the standards set at EU level or even to compensate for their failure to do so.”*<sup>2406</sup>

1136. Heil kan worden gezocht in niet-wetgevende alternatieven die de interne aspecten van de EU-harmonisatie inzake de bescherming van vreemdelingen bevorderen.<sup>2407</sup> Praktische samenwerking kan hier een alternatief harmonisatie-instrument vormen. Een goede praktische samenwerking en dialoog, al dan niet in het kader van het Europees Ondersteuningsbureau voor asielzaken (EASO), kunnen er voor zorgen dat lidstaten, op basis van de reeds bestaande EU regels, meer naar elkaar groeien in het verlenen van internationale bescherming. Het verzamelen, analyseren en rapporteren van informatie over de landen van herkomst (de zgn. ‘country of origin information’ of COI), het geven van trainingsprogramma’s, het opstellen van gemeenschappelijke trainingsmodules voor nationale asioldossierbehandelaars en asielrechters (zie EASO Training Curriculum), het uitwisselen van beste praktijken en kwaliteitsinitiatieven, en een versterkte focus op bepaalde (kwetsbare) groepen of landen, maken een belangrijk onderdeel uit van het bevorderen van de harmonisatie.

In dezelfde lijn pleit ik tevens voor een praktische samenwerking tussen lidstaten in het toepassen van EU-beschermingsmechanismen ten aanzien van de slachtoffers van mensenhandel, mensensmokkel en arbeidsgerelateerde uitbuiting, alsook ten aanzien van minderjarige vreemdelingen die het slachtoffer zijn van illegale tewerkstelling. Heden zijn de grote lijnen ervan geschetst in de EU-regelgeving en wordt er voorzien in een beschermingsstatus en verblijfsstatus, maar wordt de verdere concrete uitwerking aan de

---

<sup>2406</sup> D. VANHEULE, J. VAN SELM, C. BOSWELL en S. ARDITTIS, *The Implementation of Article 80 TFEU on the principle of solidarity and fair sharing of responsibility, including its financial implications, between the Member States in the field of border checks, asylum and immigration*, Study for the European Parliament DG Internal Policies - Policy, Department C: Citizens' Rights And Constitutional Affairs - Civil Liberties, Justice And Home Affairs, Brussels, European Parliament, PE 453.167, 2011, 100.

<sup>2407</sup> E. GUILD, C. COSTELLO, M. GARLICK, V. MORENO-LAX, M. MOUZOURAKIS en S. CARRERA, *New Approaches, Alternative Avenues and Means of Access to Asylum Procedures for Persons Seeking International Protection*, Study for the European Parliament, DG Internal Policies, Policy Department C, Citizens' rights and constitutional affairs, Brussel, 2014, 117p. In deze studie worden nieuwe benaderingen onderzocht om de toegang tot bescherming in de EU te verzekeren, onder meer door te pleiten voor een gezamenlijke behandeling van aanvragen om internationale bescherming en een gelijke verdeling van asielzoekers.

lidstaten overgelaten. Hoewel bijkomende EU-regelgeving hier voor meer harmonisatie kan zorgen, lijkt dat weinig waarschijnlijk en dient eerder praktische samenwerking te worden aangewend om de harmonisatie te verdiepen.

1137. Het Hof van Justitie kan eveneens de reeds bestaande harmonisatie verdiepen, bijvoorbeeld door niet-welomlijnde begrippen uit de relevante EU-wetgeving te interpreteren in het licht van internationale verplichtingen, zoals het VN Vluchtelingenverdrag. Zo merkt DE BAERE terecht op dat : *“By aligning its case-law as much as possible with the Geneva Convention, the Court has also enabled the Member States to align their judicial and administrative practices both to their international obligations under the Geneva Convention and their obligations under EU Law. In that way, EU law acts as a catalyst for the enforcement of international law in the Member States’ legal orders. (...) That would suggest that the ECJ, and in particular the preliminary ruling procedure, may play a critical role in providing within the EU the consistency and unity in application and implementation that the Geneva Convention lacked in its original set-up”*.<sup>2408</sup> Mijns inziens kan het Hof op gelijkwaardige wijze eveneens consistentie en eenheid bewerkstelligen in de toepassing van andere mensenrechtenverdragen.

Een regelmatige rechterlijke dialoog tussen het Hof van Justitie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens kan, in afwachting van een toetreding van de EU tot het EVRM, een noodzakelijke harmonisatie tussen lidstaten verder versterken. Deze dialoog is van belang voor een coherente wisselwerking tussen het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, enerzijds, en het Handvest van de Grondrechten van de EU en EU asiel- en immigratieregelgeving, anderzijds. Coherente wisselwerking wil evenwel niet zeggen dat men voorbij gaat aan de eigen bijzonderheden van het EVRM, het Handvest en EU asiel- en immigratiewetgeving.<sup>2409</sup> Deze bijzonderheden betreffen nuanceringen en verschillen die bijdragen tot de onderlinge complementariteit van de verschillende beschermingsregimes, waarbij de EU, onder invloed van het Handvest, kan voorzien in een ruimere bescherming van vreemdelingen dan het EVRM.

1138. Praktische samenwerking door middel van gezamenlijke EU-optredens of EU-gecoördineerde acties ter ondersteuning van bepaalde lidstaten, kan op verschillende domeinen bijdragen tot meer solidariteit en meer harmonisatie. Concreet kan worden gedacht aan een praktische samenwerking:

- op het domein van de grensbewaking (bijvoorbeeld door het leveren van financiële en materiële middelen of het verlenen van ‘*capacity building*’ aan lidstaten die grote druk aan de buitengrenzen ondervinden alsook door Frontex-gecoördineerde operaties te organiseren die snel kunnen spelen op ontwikkelingen in migratiestromen)<sup>2410</sup>;
- op het domein van de opvang van asielzoekers (bijvoorbeeld door een actieve participatie in het ‘European Relocation Forum’<sup>2411</sup> en het opzetten van programma’s voor intra-EU-relocatie bij massale toestroom<sup>2412</sup>, een flexibelere toepassing van de richtlijn Tijdelijke Bescherming, een gelijkere lastenverdeling in het kader de Dublin

---

<sup>2408</sup> G. DE BAERE, *The Court of Justice of the EU as a European and International Asylum Court*, Leuven Centre for Global Governance Studies, Working Paper no. 118, 17.

<sup>2409</sup> Zie in deze zin S. SAROLEA, “Le réfugié surplace à Strasbourg”, noot bij EHRM 7 januari 2014, nr. 58802/12, A.A. v. Zwitserland, *Newsletter EDEM*, januari 2014.

<sup>2410</sup> De Europese Raad suggereert om in de context van de langetermijnontwikkeling van Frontex te bekijken of een Europees systeem van grenswachten haalbaar is om de controle- en bewakings- capaciteit aan de buitengrenzen te vergroten. Europese Raad, Raadsconclusies van 26 en 27 juni 2014, Brussel, doc. nr. EUCO 79/14.

<sup>2411</sup> Een eerste forum had plaats op 25 september 2013: [http://ec.europa.eu/commission\\_2010-2014/malmstrom/news/archives/2013/09/20130925\\_en.htm](http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/malmstrom/news/archives/2013/09/20130925_en.htm)

<sup>2412</sup> Zie de Eurema I- en II-pilootprojecten in Malta, ondersteund via het Europees vluchtelingenfonds, waarbij lidstaten zich ertoe verbinden om vreemdelingen aan wie Malta internationale bescherming heeft verleend naar hun grondgebied te verhuizen. Zie <https://mhas.gov.mt/en/MHAS-Information/EUREMA/Pages/EUREMA.aspx>.

III-verordening, het hanteren van quota voor een evenwichtige opvang van asielzoekers, enz.);

- 
- op het domein van de behandeling van asielaanvragen (zie bijvoorbeeld de denkpijlen rond een gezamenlijke behandeling van asielaanvragen op het grondgebied van de EU<sup>2413</sup>);
- bij het beantwoorden en beheersen van crisissituaties (bijvoorbeeld bijstand door EU-*asylum support*-teams of zgn. mobiele beschermingsteams in het kader van EASO en het voorzien van een 'early warning' systeem);
- en in de strijd tegen mensenhandel en mensensmokkel (bijvoorbeeld in het kader van Europol en Eurojust).

1139. Het tonen van meer solidariteit kan bijdragen tot meer harmonisatie in de bescherming van vreemdelingen in de EU. Het meer naar elkaar toegroeien van de lidstaten, onder invloed van versterkte praktische samenwerking en de rechtspraak van het Hof van Justitie, kan ook bij de lidstaten de nood aan bepaalde nationale bijkomende beschermingsstatuten doen afnemen.

Daarnaast pleit ik, als uitzondering op de regel, voor één nieuw wetgevend initiatief, met name EU regels voor de wederzijdse erkenning van nationale beslissingen over internationale bescherming en overdracht van bescherming, met inbegrip van het recht om te werken en zich te vestigen in eender welke lidstaat van de EU. Dit wordt ook bepleit in het werkprogramma van Italië, Letland en Luxemburg die van juli 2014 tot en met december 2015 het voorzitterschap van de Europese Unie op zich nemen.<sup>2414</sup> UNHCR argumenteert terecht dat een wederzijdse erkenning van nationale beslissingen inzake internationale bescherming, de bijzondere druk kan verlichten die sommige lidstaten ervaren als gevolg van het verlenen van internationale bescherming aan grote aantallen verzoekers.<sup>2415</sup> Hoewel artikel 78, lid 2, onder a), VWEU bepaalt dat er werk moet worden gemaakt van een uniforme asielstatus die in de hele Unie geldt, is dit voorlopig nog een lege doos. Niettegenstaande er al regels bestaan voor de overdracht van verantwoordelijkheid van vluchtelingrechtelijke bescherming, met name in het Verdrag van de Raad van Europa inzake de overdracht van verantwoordelijkheid met betrekking tot vluchtelingen van 16 oktober 1980, zijn niet alle EU lidstaten partij bij dit verdrag.<sup>2416</sup> Voorts kunnen personen aan wie internationale bescherming werd verleend, pas een recht op vrij verkeer en vestiging in de EU uitoefenen wanneer zij na vijf jaar legaal en ononderbroken verblijf, de status van langdurig ingezetene verwerven.

Elders wordt gepleit om terug te keren naar de traditie van de eerdere Nansenpaspoorten waardoor vluchtelingen, naast het verwerven een zekere juridische status, ook de mogelijkheid kregen om vrij te reizen en te migreren.<sup>2417</sup> Door gedurende een aantal jaren de

---

<sup>2413</sup> Zie inleiding.

<sup>2414</sup> Raad van de Europese Unie, 18-maandenprogramma van de Raad (1 juli 2014 - 31 december 2015), Brussel, 17 juni 2014, doc nr. 10948/1/14 POLGEN 97.

<sup>2415</sup> UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Consolidating the CEAS: innovative approaches after the Stockholm Programme? UNHCR's recommendations to Italy for the EU Presidency July - December 2014*, 24 June 2014, available at: <http://www.refworld.org/docid/53ad14dc4.html> [accessed 7 July 2014]: "UNHCR also considers that mutual recognition of asylum decisions across Member States and a framework for the transfer of protection are areas for further development. These measures could contribute to alleviating the particular pressures felt by some Member States as a result of granting protection to significant numbers of applicants, by providing beneficiaries of international protection with opportunities to move between Member States, and take up residence in other Member States, subject to the fulfillment of relevant conditions."

<sup>2416</sup> N. LASSEN, L. EGESBERG, J. VAN SELM, E. TSOLAKIS en J.M.J. DOOMERNIK, *Study on the transfer of protection status in the EU, against the background of the common European asylum system and the goal of a uniform status, valid throughout the Union, for those granted asylum*, European Community, 25 juni 2004, 197p.

<sup>2417</sup> K. LONG, "When refugees stopped being migrants: Movement, labour and humanitarian protection", *Migration Studies* 2013, 4-26.

mogelijkheid tot reizen en migreren te beperken, kan het immers zijn dat vreemdelingen die internationale bescherming genieten, worden weerhouden van het vinden van duurzame oplossingen. Duurzame oplossingen houden immers meer dan de verlening van internationale bescherming. Het vinden van een duurzame oplossing is in grote mate afhankelijk van de mogelijkheid voor een vreemdeling met internationale bescherming om zich van een economisch levensonderhoud op lange termijn te verzekeren. Een situatie waar een vreemdeling afhankelijk is en blijft van sociale bijstand en steun, bv. wegens de slechte economische en arbeidsmarktomstandigheden in een lidstaat, is geen duurzame oplossing. Het doel is om zelfredzaam te worden en deze zelfredzaamheid kan in de hand worden gewerkt indien de vluchteling de mogelijkheid krijgt binnen de EU te migreren naar die lidstaat waar hij zijn economische zelfredzaamheid effectief kan bewerkstelligen.

1140. Ook in een extra-EU-kader kan solidariteit tussen de lidstaten en derde landen een belangrijke rol spelen in het verder ontwikkelen van de externe aspecten van het EU-asiel- en immigratiebeleid die betrekking hebben op de bescherming van vreemdelingen. Deze solidariteit kan zich uiten door voort te bouwen op de totaalaanpak van migratie en mobiliteit (zie de eerder aangehaalde *Global Approach on Migration and Mobility*), door praktische samenwerking met landen van herkomst, door ondersteuning en bijstand van transit landen of opvanglanden, of in het kader van beschermingsmechanismen buiten het grondgebied van de EU, zoals de hervestiging in EU-verband of door een versterking en uitbreiding van regionale beschermingsprogramma's in nauwe samenwerking met UNHCR ("*regional protection programmes*"). In externe relaties kunnen de lidstaten soms meer te winnen hebben bij een optreden in EU-verband dan in bilateraal verband. Een belangrijke bemerking is wel dat deze EU-solidariteit, hetzij in een intra-EU- dan wel in een extra-EU- kader, de daadwerkelijke toegang tot bescherming in de EU niet belemmert of bemoeilijkt. De EU-solidariteit, welke vorm zij ook aanneemt, mag niet ten koste gaan van vreemdelingen in nood.<sup>2418</sup> Dit is dan ook geen evidente evenwichtsoefening.

1141. Voor die bijkomende beschermingsnoden waarvoor EU-harmonisatie onbestaande is, zoals ten aanzien van niet-verwijderbare personen, zouden dialoog, studies en praktische samenwerking ervoor kunnen zorgen dat de nood aan een gemeenschappelijke aanpak geleidelijk aan door de lidstaten meer en meer wordt onderkend. Hierdoor kan eventueel een basis worden gelegd om een wetgevend initiatief te lanceren. Dit is m.i. echter verre toekomstmuziek en heden weinig realistisch. Zelfs indien deze bijkomende beschermingsgronden steun vinden in de internationale minimumstandaarden, dan nog is er heden geen consensus in de Unie om hieraan EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten te verbinden.

Ik pleit er dan ook voor om nationale bijkomende beschermingsstatuten, die vanuit internationale minimumstandaarden een lacune vullen in het EU-asiel- en immigratiebeleid, best als complementair met de EU-geharmoniseerde beschermingsstatuten en –mechanismen te laten bestaan. M.i. dienen in deze situatie de bijkomende beschermingsnoden in de eerste plaats vooropgesteld te worden en niet de eventuele negatieve impact van nationale bijkomende beschermingsnoden op de doelstellingen van de Europese ruimte van vrijheid, veiligheid en recht. Waar EU-harmonisatie niet mogelijk is, zijn de lidstaten het best geplaatst om meer te garanderen dan enkel de minimumverplichting om een vreemdeling niet van het grondgebied te verwijderen, in het bijzonder door het toekennen van een bijkomende beschermingsstatus, een verblijfsrecht en de toegang tot socio-economische rechten.

---

<sup>2418</sup> Zie meer hierover in de inleiding.

1142. Het is verder aangewezen dat Lidstaten, naast en ook binnen een EU kader (beginsel van burgers nabijheid), ook een zekere beleidsruimte en flexibiliteit op dit domein kunnen behouden (prerogatief inzake migratiecontrole), zoals HAILBRONNER reeds aangeeft.<sup>2419</sup>

Uit het proefschrift blijkt dat op aangeven van de lidstaten een aantal bijkomende beschermingsnoden uit de werkingssfeer van de EU-wetgeving werden gehouden. Ook werden mogelijkheden bedwongen om 'gunstigere bepalingen' toe te passen of een 'andere' bescherming dan EU bescherming te kunnen verlenen.

Lidstaten kunnen zo in het beantwoorden van bijkomende beschermingsnoden, die geen EU-aanpak kennen, hun eigen constitutionele tradities handhaven, of humanitaire redenen laten gelden of nationale beleidskeuzes inzake migratiebeheer maken.<sup>2420</sup> Door deze beleidsruimte kunnen lidstaten rekening houden met interpretatieve evoluties die eigen zijn aan de dynamiek van mensenrechten en grondrechten. Tevens kunnen lidstaten sneller inspelen op nieuwe beschermingsnoden, zoals het nieuwe fenomeen van klimaatvluchtelingen, en verzuchtingen die bij de eigen bevolking leven in overweging nemen.

Dit wijst erop dat de graad van harmonisatie die nodig is, moet worden beoordeeld in het licht van het subsidiariteits- en proportionaliteits-/evenredigheidsbeginsel. Een EU beleid heeft geen meerwaarde wanneer op lokaal niveau beter worden ingespeeld op bijkomende beschermingsnoden of wanneer op lokaal niveau eigen bijkomende beschermingsnoden rijzen die zich in andere lidstaten niet voordoen.

1143. Het Nederlandse kinderpardon, dat werd besproken in Hoofdstuk 1 van Deel 2 is een mooi voorbeeld van het beginsel van burgers nabijheid. Naar aanleiding van een aantal ophefmakende individuele gevallen m.b.t. de verwijdering van minderjarige vreemdelingen, zoals de welbekende zaak omtrent de Angolese jongen Mauro, werd een petitie gestart voor een zgn. 'kinderpardon', dat ondersteund werd door een aantal bekende Nederlanders. De petitie verzamelde 130.000 handtekeningen en werd ondersteund door 175 gemeenten, zoals Amsterdam, Breda en Utrecht, die een motie voor kinderpardon aannamen. Dit initiatief, dat van onderuit algemene steun genoot bij een groot deel van de Nederlandse bevolking en vervolgens ook bij een deel van de Nederlandse politieke partijen, leidde tot de aanneming van een tijdelijke kinderpardonregeling en de wortelingswet, die voorzien in de afgifte van een verblijfsvergunning aan kinderen in illegaal verblijf en hun ouders die geworteld en ingeburgerd zijn in Nederland.

1144. Waar lidstaten nog beleidsruimte hebben, staat het hen vrij om nationale keuzes te maken inzake de bijkomende beschermingsnoden. Zij kunnen dan vrij kiezen om welke reden of voor welke gronden zij bijkomende bescherming willen verlenen. Daarbij moet worden genuanceerd dat sommige redenen, bv. internationale minimumstandaarden, al bindender zijn dan andere, bv. humanitaire redenen. Uit Deel 1 blijkt dat door middel van internationale minimumstandaarden er steeds meer situaties werden geïdentificeerd die buiten het VN-Vluchtelingenverdrag vallen en waarin een vreemdeling een eventuele nood aan bijkomende bescherming kan doen gelden.

1145. De lidstaten hebben eveneens een vrije keuze wat betreft de vorm en inhoud van de verleende bijkomende bescherming. Zij kunnen zich ertoe beperken om de vreemdeling in nood niet te verwijderen. Zij kunnen eveneens opteren voor een meer duurzame wijze van bescherming, zoals werd besproken in de inleiding, met name het toekennen van een

---

<sup>2419</sup> K. HAILBRONNER, *The Status of Persons who Have Been Denied Refugee Status*, Note for the European Parliament, Directorate-general for internal policies, Policy Department C, Citizens' rights and constitutional affairs, Brussel, 2010, 10.

<sup>2420</sup> Dit zou een voorbeeld kunnen zijn van de nationale identiteitsclausule zoals voorzien in artikel 4, lid 2, VEU.



verblijfsstatus en socio-economische rechten. Dit is een meer aangewezen benadering, daar het de zelfredzaamheid van de vreemdeling bevordert (*'human security'*).

Belangrijk is dat het draagvlak in de samenleving om op nationaal niveau bijkomende bescherming te verlenen niet onder druk wordt gezet. De nationale beleidskeuze om bijkomende bescherming te verlenen wordt versterkt indien men oog heeft voor het procedurele luik ervan. Een integrale benadering van de beschermingsnoden die gepaard gaat met vereenvoudigde en efficiënte procedures, draagt bij tot het voorkomen van zowel oneigenlijk gebruik en mogelijke misbruiken. Het opeenstapelen van lange procedures met ongewenste/onbedoelde effecten (*'state security'*) wordt eveneens vermeden. Efficiëntie betekent daarenboven dat de benodigde bescherming toegankelijk en beschikbaar is doordat de inhoud van de zaak, dit is de gegrondheid van de nood aan bijkomende bescherming, meteen wordt bekeken. Hierdoor wordt de daadwerkelijke rechtsbescherming van de vreemdeling gewaarborgd, zoals werd beargumenteerd in Hoofdstuk 1 van Deel 2.

1146. Een 'verdieping' van de bestaande EU-harmonisatie en een 'versterking' van het nationaal niveau dienen elkaar dus niet uit te sluiten. In het kader van een gedeelde bevoegdheid, kunnen een EU-beleid en een nationaal beleid inzake bijkomende beschermingsnoden elkaar nuttig aanvullen door te werken op het meest geschikte interventieniveau. Op die wijze leiden beide beleidsniveaus tot een wederzijdse versteviging en bevordering van het algemeen niveau van bescherming voor vreemdelingen in de Europese Unie.



## **BIBLIOGRAFIE**

### **Boeken en rapporten**

- ACOSTA, D., *Latin American Reactions to the Adoption of the Returns Directive*, Centre for European Policy Studies, 13 November 2009, [www.ceps.eu](http://www.ceps.eu), 7 p.
- AKANDJI-KOMBE, J.-F., *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: A Guide to the Implementation of the European Convention on Human Rights*, Human Rights Handbook no. 7, Strasbourg, Council of Europe, 68p.
- BALDINGER, D., *Rigorous Scrutiny versus Marginal Review, standards on judicial scrutiny and evidence in international and European asylum law*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2013, 485p.
- BALZACQ, T., *The External Dimension of EU Justice and Home Affairs: Tools, Processes, Outcomes*, CEPS working document no. 303, September 2008, [www.ceps.eu](http://www.ceps.eu), 28p.
- BATTJES, H., *European Asylum Law and International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 688p.
- BCHV, *Nieuwe gegevens voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen in volle rechtsmacht*, <http://www.cbar-bchv.be>, juni 2012, 51p.
- BCHV, *UDN als effectief rechtsmiddel post-M.S.S. - Overzicht van de rechtspraak van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen: In overeenstemming met de Europese waarborgen tegen mishandeling en foltering bij de uitvoering van uitwijzingsbeslissingen*, <http://www.cbar-bchv.be>, juni 2012, 65p.
- BODART, S., *La protection internationale des réfugiés en Belgique*, Brussel, Bruylant, 2008, 347p.
- BOELES, P., *Eerlijke immigratieprocedures in Europa*, Utrecht, Nederlands Centrum Buitenlanders, 1995, 397p.
- BOELES, P., DEN HEIJER, M., LODDER G. en WOUTERS, K., *European Migration Law*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 468p.
- BOSSUYT, M., *Strasbourg et les demandeurs d'asile: des juges sur un terrain glissant*, Brussel, Bruylant, 2010, 189p.
- BOUCKAERT, S., *Documentloze vreemdelingen - Grondrechtenbescherming doorheen de Belgische en internationale rechtspraak vanaf 1985*, Antwerpen, Maklu, 2007, 1150p.
- BOUTEILLET-PAQUET, D. (ed), *Subsidiary Protection of Refugees in the European Union: complementing the Geneva Convention?*, Brussel, Bruylant, 2002, 883p.
- BROWNE, K., *Immigration Law 2013*, Guildford, College of Law Publishing, 2013, 567p.
- BROWNLIE, I., *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 742p.

- CARLIER, J.-Y., *Droit des réfugiés*, Brussel, Story-Scientia, 1989, 409p.
- CARLIER, J.-Y. en DE SCHUTTER, O., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'Homme en Europe*, Brussel, Bruylant, 2002, 304p.
- CARLIER, J.-Y., VANHEULE, D., HULLMANN, K. en PENA GALIANO, C., (eds.), *Who is a Refugee? A Comparative Case Law Study*, Den Haag, Kluwer Law International, 1997, 794p.
- CASSESE, A., *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 558p.
- CLAYTON, G., *Textbook on Immigration and Asylum Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 635p.
- COLEMAN, N., *European Readmission Policy: Third Country Interests and Refugee Rights*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, 340p.
- COUNCIL OF EUROPE PARLIAMENTARY ASSEMBLY, *Asylum*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 1995, 191p.
- COUNCIL OF EUROPE, *2<sup>nd</sup> Colloquy on the European Convention on Human Rights and the protection of refugees, asylum-seekers and displaced persons*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2000, 158p.
- COUNCIL OF EUROPE, Parliamentary Assembly, Committee on Migration, Refugees and Displaced Persons, Provisional Report by Ms. Mailis Reps, Migrant children: what rights at 18?, <http://website-space.net/documents/19863/168397/20140313-MigrantRights18-EN.pdf/ea190a6e-1794-4d30-b153-8c18dc95669f?>, March 2014, 9p.
- DA LOMBA, S., *The Right to Seek Refugee Status in the European Union*, Antwerp, Intersentia, 2004, 325p.
- DEBERSAQUES, G., VANHEULE, D. en FOBLETS, M.-C. (eds.), *Vreemdelingenrecht geannoteerd*, Brugge, die Keure, 2009, 889p.
- DE BAERE, G., *The Court of Justice of the EU as a European and International Asylum Court*, Leuven Centre for Global Governance Studies, Working Paper no. 118, 18p.
- EDWARDS, A. en FERSTMAN, C. (eds.), *Human Security and Non-Citizens – Law, Policy and International Affairs*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 614p.
- EUROPEAN COMMISSION, *Study on the Feasibility and legal and practical implications of establishing a mechanism for the joint processing of asylum applications on the territory of the EU*, 13 February 2013, HOME/2011/ERFX/FW/04, 141p.
- EUROPEAN COMMISSION, *Study on the situation of third-country nationals pending return/removal in the EU Member States and the Schengen Associated Countries*, 11 March 2013, HOME/2010/RFX/PR/1001, 100p.
- EUROPEAN MIGRATION NETWORK, *The different national practices concerning granting of non-EU harmonised protection statuses*, December 2010, [http://www.sisekaitse.ee/public/ERV/synthesis\\_reports/o\\_EMN\\_Synthesis\\_Report\\_NonEUharmonised\\_FinalVersion\\_January2011.pdf](http://www.sisekaitse.ee/public/ERV/synthesis_reports/o_EMN_Synthesis_Report_NonEUharmonised_FinalVersion_January2011.pdf), december 2010, 110p.
- EUROPEAN MIGRATION NETWORK, *Unaccompanied Minors: An EU comparative study*, European Commission, Brussels, 2010, 108p.
- EUROPEAN UNION FUNDAMENTAL RIGHTS AGENCY, *Fundamental rights of migrants in an irregular situation in the European Union*,

*comparative report*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2011, 105p.

- FAIST, T. en ETTE, E. (eds), *The Europeanization of National Policies and the Politics of Immigration*, Houndmills, Palgrave Macmillan, 2007, 273p.
- FARELL, T. en O. SCHMITT, "The Causes, Character and Conduct of Armed Conflict, and the Effects on Civilian Populations 1990-2010", *Legal and Protection Policy Research Series*, UNHCR, april 2012, PPLA, 2012/03, 44p.
- FELLER, E., TÜRK, V. en NICHOLSON, F., *Refugee Protection in International Law*, UNHCR's Global Consultations on International Protection, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 717p.
- FOBLETS, M.-C., LUST, S., VANHEULE, D. en DE BRUYCKER, Ph., *Migratie- en migrantenrecht deel 12, De nieuwe Vreemdelingenwet: België in lijn met de Europese regelgeving*, Brugge, die Keure, 2007, 520p.
- FOBLETS, M.-C., VANHEULE, D. en MAES, M. (eds.), *Migratie- en migrantenrecht deel 14, Dertig jaar vreemdelingenrecht*, Brugge, die Keure, 2011, 680p.
- FRANSSEN, K., *Tijdelijke bescherming van asielzoekers in de EU*, Nijmegen, Boom Juridische Uitgevers, 2011, 459p.
- GAMMELTOFT-HANSEN, T., *Access to Asylum: International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 284p.
- GERARDS, J., *EVRM Algemene beginselen*, Den Haag, SDU Uitgevers, 2011, 307p.
- GOODWIN-GILL, G., *International Law and the Movement of Persons Between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, 324p.
- GOODWIN-GILL, G. en McADAM, J. *The refugee in international law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 848p.
- GOWLLAND, V. en SAMSON, K. (ed), *Problems and Prospects of Refugee Law*, Geneva, The Graduate Institute of International Studies, 1992, 145p.
- GREIG, D.W., *International Law*, London, Butterworths, 1976, 994p.
- GROENENDIJK, K., FERNHOUT, R., VAN DAM, D., VAN OERS, R., en STRIK, T., *The Family Reunification Directive in EU Member States: The First Year of Implementation*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2007, 85p.
- GUILD, E., CARRERA, S., DEN HERTOOG, L. en PARKIN, J., *Implementation of the EU Charter of Fundamental Rights and its Impact on EU Home Affairs Agencies: Frontex, Europol and the European Asylum Support Office*, Brussels, European Parliament, 2011, 128p.
- GUILD, E., COSTELLO, C., GARLICK, M., MORENO-LAX, V., MOUZOURAKIS, M. en CARRERA, S., *New Approaches, Alternative Avenues and Means of Access to Asylum Procedures for Persons Seeking International Protection*, Study for the European Parliament, DG Internal Policies, Policy Departement C, Citizens' rights and constitutional affairs, Brussel, 2014, 117p.
- HAILBRONNER, K. (ed.), *EU Immigration and Asylum Law: Commentary*, München, Beck-Hart-Nomos, 2010, 1568p.
- HAILBRONNER, K., *The Status of Persons who Have Been Denied Refugee Status*, Note for the European Parliament, Directorate-general for internal policies, Policy Departement C, Citizens' rights and constitutional affairs, Brussel, 2010, 11p.
- HARRIS, D., O'BOYLE, M. en WARBRICK, C., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 902p.

- HATHAWAY, J., *The Law of Refugee Status*, Toronto, Butterworths, 1991, 252p.
- HATHAWAY, J., *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 1236p.
- HATHAWAY, J. en GAMMELTOFT-HANSEN, T., "Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence", *Law & Economics Working Papers*, 2014, Paper 106, [http://repository.law.umich.edu/law\\_econ\\_current/106](http://repository.law.umich.edu/law_econ_current/106), 64p.
- IBEN JENSEN, U., *Humanitarian visa: option or obligation*, Study for the European Parliament DG Internal Policies - Policy, Department C: Citizens' Rights And Constitutional Affaires - Civil Liberties, Justice And Home Affairs, Brussels, European Union, [www.europarl.europa.eu/studies](http://www.europarl.europa.eu/studies), 2014, 63p.
- ICRC, "How is the Term "Armed Conflict" Defined in International Humanitarian Law?", Opinion Paper, maart 2008, <http://www.icrc.org>, 5p.
- INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *Migration and International Human Rights Law – Practitioners Guide No. 6*, Geneva, ICJ, 2011, 298p.
- JACOBS, WHITE, A en OVEY, C., *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 644 p.
- JANIS, M., KAY, R. en BRADLEY, A., *European Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 957p.
- JENNINGS, R. en WATTS, A. , *Oppenheim's International Law – volume 1 Peace*, Harlow, Longman, 1992, 1332p.
- KAMPSTRA, E., *Vreemdelingenrecht*, Deventer, Kluwer, 2012, 261p.
- KILKELLY, U., *The right to respect for private and family life – a guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, Human Rights Handbook no. 1, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2003, 66p.
- LAMBERT, H., *The Position of Aliens in Relation to the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2007, 83p.
- LAMBERT, P. en PETTITI, C., *Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2003, 149p.
- LASSEN, N., EGESBERG, L., VAN SELM, J., TSOLAKIS, E. en DOOMERNIK, J.M.J., *Study on the transfer of protection status in the EU, against the background of the common European asylum system and the goal of a uniform status, valid throughout the Union, for those granted asylum*, European Community, 25 juni 2004, 197p.
- LAVENEX, S. en UCARER, E., *Migration and the externalities of European Integration*, Lanham, Lexington Books, 2002, 232p.
- LEVI, W., *Contemporary International Law: A Concise Introduction*, Boulder, Westview Press, 1979, 391p.
- LODDER, G., *Vreemdelingenrecht in vogelvlucht: over toelating en verblijf van vreemdelingen in Nederland*, Den Haag, SDU Uitgevers, 2011, 182p.
- MAST, A., DUJARDIN, J., VAN DAMME, M. en VANDE LANOTTE, J., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 1375p.
- MAES, M., FOBLETS, M.-C. en VANHEULE, D., *EU and Non-EU Harmonized Protection Statuses in Belgium*, Brussels, Belgian Contact Point to the European Migration Network, December 2009 (summary update: May 2011), 122p.

- MAES, M., FOBLETS, M.-C., DE BRUYCKER, Ph., VANHEULE, D., WOUTERS, J. en SMITH, N., *External Dimensions of EU Migration and Asylum Law and Policy*, Brussel, Bruylant, 2011, 588p.
- MCADAM, J., *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 283p.
- MCKEEVER, D., SCHULTZ, J. en SWITHERN, S., *Foreign Territory: The Internationalization of EU Asylum Policy*, Oxford, Oxfam GB, 2005, 131p.
- MOLE, N. en MEREDITH, C., *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2010, 283p.
- MOWBRAY, A.R., *The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court on Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2004, 239p.
- NOLL, G., *Negotiating Asylum, The EU Acquis, Extraterritorial Protection and the Common Market of Deflection*, Den Haag, Martinus Nijhoff Publishers, 2000, 643p.
- NOLL, G., FAGERLUND, J. en LIEBAUT, F., *Study on the Feasibility of Processing Asylum Claims Outside the EU Against the Background of the Common European Asylum System and the Goal of a Common Asylum Procedure*, European Community, Brussels, 2002, 295p.
- OPPENHEIM, L., *International Law: A Treatise*, London, Green en Co, 1952, 940 p.
- PAPAGIANNI, G., *Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 392p.
- PEERS, S., *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 983p.
- PEERS, S., *The Second Phase of the Common European Asylum System: A Brave New World – or Lipstick on a Pig?*, Statewatch Analysis, 8 april 2013, 17p.
- PEERS, S. en ROGERS, N., *EU Immigration and Asylum Law – Text and Commentary*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, 1025p.
- PHELAN, M. en GILLESPIE, J., *Immigration Law Handbook 2013*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 1771p.
- PLENDER, R., *International Migration Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, 587p.
- RENEMAN, M., *EU Asylum Procedures and the Right to an Effective Remedy*, Oxford, Hart Publishing, 2014, 428p.
- RODIER, C., *Analysis of the External Dimension of the EU's Asylum and Immigration Policies: Summary and Recommendations for the European Parliament*, 8 June 2006, DT\619330EN.doc, 24p.
- ROHL, K., *Fleeing violence and poverty: non-refoulement obligations under the European Convention of Human Rights*, UNHCR New Issues in Refugee Research, Working paper no. 11, Genève, januari 2005, 35p.
- RYAN, B. en MITSILEGAL, V., *Extraterritorial Immigration Control*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 44 p.
- SAROLEA, S., *Droits de l'homme et migrations – De la protection du migrant aux droits de la personne migrante*, Brussel, Bruylant, 2006, 718p.
- SHAW, M., *International Law*, Cambridge, Grotius Publications, 1991, 790 p.
- SNOEIJIS, H., *Klemmende redenen van humanitaire aard: duidelijk omliggende asiel- en reguliere gronden of restcategorie?*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2004, 158p.
- THEUNIS, J., *De exceptie van onwettigheid*, Brugge, die Keure, 201, 777p.

- TIMMERMAN, C., VANDENHOLE, W. en VANHEULE, D. (eds.), *Kinderen zonder papieren: feiten en rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 130p.
- TONER, H., *Partnership Rights, Free Movement and EU Law*, Oxford, Hart Publishing, 2004, 286 p.
- UN COMMISSION ON HUMAN SECURITY, *Human Security Now*, New York, 2003, 159p.
- UNDP, *Human Development Report: New Dimensions of Human Security*, New York – Oxford, Oxford University Press, 1994, 226p.
- UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, HCR/IP/4/Eng/REV.1, 1979, <http://www.unhcr.org/publ/PUBL/3d58e13b4.pdf>.
- UNHCR, *Master Glossary of Terms* (rev. 1), juni 2006, <http://www.unhcr.org/refworld>.
- UNHCR, *Asylum in the European Union: A Study of the Implementation of the Qualification Directive*, Brussel, UNHCR, 2007, 123p.
- UNHCR, *Asylum in the European Union – a study of the implementation of the Qualification Directive*, Brussel, UNHCR, 2007, 123p.
- UNHCR, *Improving Asylum Procedures: Comparative Analysis and Recommendations for Law and Practice*, Brussel, UNHCR, maart 2010, 123p.
- UNHCR, *Safe at last? Law and practice in selected EU Member States with respect to asylum-seekers fleeing indiscriminate violence*, Brussel, UNHCR, juli 2011, 126p.
- UNHCR, *Mapping Statelessness in Belgium: summary report*, Brussel, oktober 2012, 148p.
- UNHCR, *Handbook on Protection of Stateless Persons*, 30 juni 2014, <http://www.refworld.org/docid/53b676aa4.html>, 102p.
- UNHCR AND COUNCIL OF EUROPE, *Unaccompanied and separated asylum-seeking and refugee seeking children turning eighteen: what to celebrate?*, <http://www.refworld.org/docid/53281A864.html>, March 2014, 77p.
- UNHCR, *Safe and Sound: what States can do to ensure respect for the best interests of unaccompanied and separated children in Europe*, <http://www.refworld.org/docid/5423da264.html>, oktober 2014, 22.
- VANDAELE, A.-S., *De volle rechtsmacht bij de beoordeling van bestuurshandelingen – De rechtsmacht van de Raad van State in het annulatiecontentieux*, Brugge, die Keure, 2014, 104p.
- VANHEULE, D., *Vluchtelingen. Een overzicht*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 462p.
- VANHEULE, D., VAN SELM, J., BOSWELL, C. en ARDITTIS, S., *The Implementation of Article 80 TFEU on the principle of solidarity and fair sharing of responsibility, including its financial implications, between the Member States in the field of border checks, asylum and immigration*, Study for the European Parliament DG Internal Policies - Policy, Department C: Citizens' Rights And Constitutional Affaires - Civil Liberties, Justice And Home Affairs, Brussels, European Parliament, PE 453.167, 2011, 122p.
- VAN BUEREN, G., *The International Law on the Rights of the Child*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, 435p.
- VAN DIJK, P., VAN HOOFF, F., VAN RIJN, A. en ZWAAN, L., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 1190p.



- VANDE LANOTTE, J. en HAECK, Y., *Handboek EVRM, deel 1 Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 949p.
- WALLACE, R. en MARTIN-ORTEGA, O., *International Law*, London, Sweet en Maxwell, 2009, 386p.
- WEINZIERL, R. en LISSON, U., *Border Management and Human Rights, A study of EU Law and the Law of the Sea*, Berlijn, German Institute for Human Rights, 2007, 95p.
- WEIS, P., *The Refugee Convention, 1951 – The travaux préparatoires analysed with a commentary by dr. P. Weis*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, 383p.
- WEISSBRODT, D., *The Human Rights of Non-Citizens*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 257p.
- WIESBROCK, A., *Legal Migration to the European Union*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2009, 636p.
- WOUTERS, K., *International Standards for the Protection from Refoulement*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 638p.
- ZIMMERMAN, A. (ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and Its 1967 Protocol*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 1799p.
- ZWAAN, K. (ed.), *The Qualification Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2007, 164p.
- ZWAAN, K. (ed.), *The Procedures Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2008, 264p.
- ZWAAN, K. (ed.), *The Returns Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2011, 149p.

## **Artikelen in tijdschriften en bijdragen in boeken**

- ACHERMANN, A. en GATTIKER, M., "Safe Third Countries: European Developments", *IJRL* 1995, 19-38.
- ACKERS, D., "The Negotiations on the Asylum Procedures Directive", *EJML* 2005, 1-33.
- AENDENBOOM, I., "De wetgeving tot bestrijding van de mensenhandel: roeien met de juridische riemen die men heeft", *T. Vreemd.* 2003, 5-20.
- AENDENBOOM, I., "Nieuwe wetsbepalingen tot versterking van de strijd tegen mensenhandel en mensensmokkel. Een overzicht in vogelvlucht.", *T. Vreemd.* 2005, 340-344.
- AENDENBOOM, I., "Van doe-het-zelver tot designer? Aanpassingen verblijfsregeling slachtoffers mensenhandel", *T. Vreemd.* 2007, 85-92.
- AENDENBOOM, I. "Nieuwe bepalingen inzake de verblijfsregeling voor slachtoffers mensenhandel en mensensmokkel: een stap naar meer rechtszekerheid?", in M.-C. FOGLETS, S. LUST, D. VANHEULE en Ph. DE BRUYCKER (eds), *Migratie- en migrantenrecht deel 12, De nieuwe Vreemdelingenwet: België in lijn met de Europese regelgeving*, Brugge, die Keure, 2007, 91-106.
- ACOSTA, D., "The Good, the Bad and the Ugly in EU Migration Law: Is the European Parliament Becoming Bad and Ugly (The Adoption of Directive 2008/115: The Returns Directive)", *EJML* 2009, 19-39.
- ACOSTA, D., "The Returns Directive: Possible Limits and Interpretation", in K. ZWAAN (ed), *The Returns Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2011, 7-24.
- ALSTON, P., "The Legal Framework of the Convention on the Rights of the Child", *Bulletin of Human Rights* 1992, 1-15.
- ALSTON, P., "The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights", in P. ALSTON, *The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1994, 1-25.
- ARENAS, N., "The Concept of 'Mass influx of Displaced Persons' in the European Directive Establishing the Temporary Protection System", *EJML* 2005, 435-450.
- BALDACINI, A., "The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law: An Analysis of the Return Directive", *EJML* 2009, 1-17.
- BALDACINI, A., "Extraterritorial Border Controls in the EU: The Role of Frontex in Operations at Sea"; in B. RYAN en V. MITSILEGAS, *Extraterritorial Immigration Control*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 229-255.
- BARNES, R., "The International Law of the Sea and Migration Control", in B. RYAN en V. MITSILEGAS, *Extraterritorial Immigration Control*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 103-149.
- BAST, J., "Of General Principles and Trojan Horses – Procedural Due Process in Immigration Proceedings under EU Law", *German Law Journal* 2010, 1006-1024.
- BATTJES, H., "In Search of a Fair Balance: the Absolute Character of the Prohibition of Refoulement Under Article 3 ECHR Reassessed", *Leiden Journal of International Law* 2009, 583-621.

- BATTJES, H., "The Soering Threshold: Why Only Fundamental Values Prohibit Refoulement in ECHR Case Law", *EJML* 2009, 205-219.
- BETTS, A., "Towards a 'Soft Law' Framework for the Protection of Vulnerable Irregular Migration", *IJRL* 2010, 209-236.
- BETTS, A., "Survival Migration: A New Protection Framework", *Global Governance* 2010, 361-382.
- BHABHA, J. en ALFIREV, C., "The identification and referral of trafficked persons to procedures for determining international protection needs", UNHCR report October 2009, 54p.
- BIGO, D. en E. GUILD, "Policing At Distance: Schengen Visa Policies", in D. BIGO en E. GUILD (eds.), *Controlling frontiers: Free Movement Into and Within Europe*, Aldershot, Ashgate, 2005, 233-263.
- BILLET, C., "EC Readmission agreements: a prime instrument of the external dimension of the EU's fight against irregular immigration. An assessment after ten years of practice", *EJML* 2010, 45-79.
- BLAKE, N., Keynote presentation, in COUNCIL OF EUROPE, *2<sup>nd</sup> Colloquy on the European Convention on Human Rights and the protection of refugees, asylum-seekers and displaced persons*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2000, 78-90.
- BOELES, P., "Directive on Family Reunification: Are the Dilemmas Resolved?", *EJML* 2001, 61-71.
- BOSSUYT, M., "Should the Strasbourg Court exercise more self-restraint? On the extension of the jurisdiction of the European Court of Human Rights to social security regulations", *Human Rights Law Journal* 2007, 321-332.
- BOSSUYT, M., "Judges on Thin Ice: the European Court of Human Rights and the Treatment of Asylum Seekers", *Inter-American and European Human Rights Journal*, 2010, 3-48.
- BOSSUYT, M., "The Court of Strasbourg Acting as an Asylum Court", *EuConst* 2012, 203-245.
- BOSSUYT, M., "Rechterlijk activisme in Straatsburg", *RW* 2013, 723-733.
- BOSWELL, C., "The 'External Dimension' of EU Immigration and Asylum Policy", *International Affairs* 2003, 619-638.
- BOUCKAERT, S., "Medische aspecten van het vreemdelingenrecht en artikel 3 EVRM. Een overzicht van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, de Raad van State en de burgerlijke rechtbanken", *T. Vreemd.* 2005, 186-203.
- BOUCKAERT, S., "Maatschappelijke dienstverlening voor minderjarige vreemdelingen in illegaal verblijf: een never ending story over de impact van mensenrechtenbescherming", *T. Vreemd.* 2005, 286-331.
- BOUCKAERT, S., "Onderwijs voor minderjarige vreemdelingen zonder wettig verblijf: ontwikkelingen in regelgeving en rechtspraak", *T.O.R.B.* 2007-2008, 387-405.
- BOUCKAERT, S., "Het recht op dringende medische hulp voor vreemdelingen zonder wettig verblijf: materieelrechtelijke en procedurele aspecten, de lege lata en de lege ferenda", *T. Vreemd.* 2008, 6-25.
- BOUCKAERT, S., "Criminalisering van migratie en de (toenemende) grenzen van het recht", in W. BRUGGEMAN, E. DE WREE, J. GOETHALS, P. PONSARER, P. VAN CALSTER, T. VANDER BEKEN en G. VERMEULEN (eds.), *Van pionier tot onmisbaar: 30 jaar Panopticon*, Antwerpen, Maklu, 737-746.
- BOUCKAERT, S., "De invloed van de gewone rechtscolleges in het domein van het Belgisch verblijfsrecht (1980-2010): verregaander dan door de wetgever

- gewild of ingeschat en daarom problematisch?” in FOGLETS, M.-C., VANHEULE, D. en MAES, M. (eds), *Migratie- en migrantenrecht deel 14, Dertig jaar vreemdelingenrecht*, Brugge, Die Keure, 2011, 171-243.
- BREWAEYS, E., “Raad van State, Procesrechtelijke vernieuwingen – deel 1”, *NjW* 2014, 426-447.
  - BROUWER, E., “Extraterritorial Migration Control and Human Rights: Preserving the Responsibility of the EU and its Member States”, in B. RYAN en V. MITSILEGAS, *Extraterritorial Immigration Control*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 199-228.
  - BUCHINGER, K. en STEINKELLNER, A., “Litigation Before the European Court of Human Rights and Domestic Implementation: Does the European Convention Promote the Rights of Immigrants and Asylum Seekers?”, *European Public Law* 2010, 419-435.
  - BULTERMAN, M. K., “Gezinsherenigingsrichtlijn houdt stand voor Hof van Justitie: Hof bindt gezinnen én de lidstaten”, *NTer* 2006, 205-211.
  - CABRAL BARRETO, I., “The Status of Refugees in the Countries Where They Seek Asylum: Keynote presentation”, in COUNCIL OF EUROPE, *2<sup>nd</sup> Colloquy on the European Convention on Human Rights and the protection of refugees, asylum-seekers and displaced persons*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2000, 65-77.
  - CAMBIEN, N., “Het vrij verkeer van burgers van de Unie in recente Europese rechtspraak: rethinking the classics?”, in M.-C. FOGLETS, D. VANHEULE, en M. MAES (eds), *Migratie- en migrantenrecht deel 14, Dertig jaar vreemdelingenrecht*, Brugge, Die Keure, 2011, 461-503.
  - CAMBIEN, N., “Omgekeerde discriminatie bij gezinshereniging”, *T.Vreemd.* 2011, 241-252.
  - CARENS, J., “The rights of irregular migrants”, *Ethics and international affairs* 2008, p. 163-186.
  - CARLIER, J.-Y., “La place des ressortissants de pays tiers dans la Charte”, in J.-Y. CARLIER en O. DE SCHUTTER, *La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne. Son apport à la protection des droits de l’Homme en Europe*, Brussel, Bruylant, 2002, 179-200.
  - CARLIER, J.-Y., “La ‘directive retour’ et le respects des droit fondamentaux”, *L’Europe des Libertés* 2008, 13-21.
  - CARRERA, S. en GUILD, E. “The French Presidency's European Pact on immigration and asylum: intergovernmentalism vs. Europeanisation?”, *CEPS policy brief no. 170*, september 2008, [www.ceps.eu](http://www.ceps.eu), 10 p.
  - CARRERA, S. en HERNANDEZ I SAGRERA, R., *The externalisation of the EU's labour immigration policy. Towards mobility or insecurity partnerships*, working document no. 321, Centre for European policy studies, [www.ceps](http://www.ceps), oktober 2009, 40 p.
  - CASSESE, A., “Can the notion of inhuman and degrading treatment be applied to socio-economic conditions?”, *EJIL* 1991, 141-145.
  - CAVINATO, M., “Principles of the Returns Directive and the Lack of Procedural Guarantees”, in K. ZWAAN (ed.), *The Returns Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2011, 47-55.
  - CHETAIL, V., “Paradigm and paradox of the migration-development nexus: the new border for the north-south dialogue”, *German Yearbook of international law*, 2008, 183-215.
  - CHOLEWINSKI, R., “Family Reunification and Conditions Placed on Family Members: Dismantling a Fundamental Human Right?” *EJML* 2002, 271-290.

- CLAYTON, G., "Asylum Seekers in Europe: M.S.S. v. Belgium and Greece", *HRLR* 2011, 758-773.
- COLEMAN, N., "Non-Refoulement Revised, Renewed Review of the Status of the Principle of Non-Refoulement as Customary International Law", *EJML* 2003, 23-68.
- COLLET, E., "The 'Global approach to migration': rhetoric or reality?", *European Journal Centre policy brief*, november 2007, [www.epc.eu](http://www.epc.eu), 4p.
- COSTELLO, C., "The Asylum Procedures Directive and the Proliferation of Safe Country Practices: Deterrence, Deflection and the Dismantling of International Protection?", *EJML* 2005, 35-69.
- DEBERSAQUES, G. en EGGERMONT, F., "De hervorming van de Raad van State 2014: een eerste analyse van de voornaamste nieuwigheden", *RW* 2013-2014, 1403-1423.
- DEBERSAQUES, G., "De (volle) rechtsmacht van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen", *TBP* 2012, 275-296.
- DEBERSAQUES, G. en DE BOCK, F., "Rechtsbescherming tegenover de overheid bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen", in M.-C. FOBLETS, S. LUST, D. VANHEULE en Ph. DE BRUYCKER (eds), *Migratie- en migrantenrecht: De nieuwe vreemdelingenwet: België in lijn met de Europese regelgeving; deel 12*, Brugge, die Keure, 2007, 351-435.
- DEBERSAQUES, G. en VERBEYST, S., "De omrekening van de Europeesrechtelijke "daadwerkelijke rechtsbescherming" in het Belgische vreemdelingenrecht", noot bij GwH 16 januari 2014, nr. 1/2014, *T. Vreemd.* 2014, 202-209.
- DE HART, B., "Love Thy Neighbour: Family Reunification and the Rights of Insiders", *EJML* 2009, 235-252.
- DEN HEIJER, M., "Whose Rights and Which Rights? The Continuing Story of Non-Refoulement Under the European Convention on Human Rights", *EJML* 2007, 277-314.
- DEN HEIJER, M., "Europe Beyond its Borders: Refugee and Human Rights Protection in Extraterritorial Immigration Control", in B. RYAN en V. MITSILEGAS, *Extraterritorial Immigration Control*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 169-198.
- DENYS, L., "Van artikel 9, lid 1, 2 en 3 Vw. Naar artikelen 9, lid 1 en 2, 9 bis en 9 ter Vw.", *T. Vreemd.* 2007, 162-177.
- DENYS, L., "Van artikel 9, lid 1, 2 en 3 vreemdelingenwet naar artikelen 9, lid 1 en 2, 9bis en 9ter vreemdelingenwet", in M.-C. FOBLETS, S. LUST, D. VANHEULE en Ph. DE BRUYCKER (eds), *Migratie- en migrantenrecht: De nieuwe vreemdelingenwet: België in lijn met de Europese regelgeving, deel 12*, Brugge, Die Keure, 2007, 3-59.
- DESOMER, M., "De Belgische asielprocedure en de Europese administratieve rechtsbeginselen van de hoorplicht en het recht op inzage", *T. Vreemd.* 2009, 15-24.
- DE VRIES, "Wetsvoorstel herschikking asielgronden. Afdoende motivering voor een rigoureuze operatie?", *A&MR* 2013, 11-16.
- DRYWOOD, E., "Challenging Concept s of the 'Child' in Asylum and Immigration Law: The Example of the EU", *Journal of Social Welfare and Family Law* 2010, 309-323.
- DUBOIS-HAMDI, D., "La protection des demandeurs d'asile via la Cour européenne des droits de l'homme: M.S.S. et après", *J.T.* 2012, 624-625.
- DUPRE, "Unlocking Human Dignity: Towards a Theory for the 21<sup>st</sup> Century", *EHHR* 2009, 190-205.

- EDWARDS, A., "Human Rights, Refugees, and the Right 'to Enjoy' Asylum", *IJRL* 2005, 293-330.
- EDWARDS, A. en FERSTMAN, C. "Humanising non-citizens: the convergence of human rights and human security", in A. EDWARDS en C. FERSTMAN (eds.), *Human Security and Non-Citizens – Law, Policy and International Affairs*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 3-45.
- EINARSEN, T., "The European Convention on Human Rights and the Notion of an Implied Right to De Facto Asylum", *IJRL* 1990, 361-389.
- EINARSEN, T., "Drafting History of the 1951 Convention and the 1967 Protocol", in A. ZIMMERMAN (ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 37-73.
- ERRERA, R., "The CJEU and Subsidiary Protection: Reflections on *Elgafaji* – and After", *IJRL* 2010, 93-112.
- FISCHER-LESCANO, A., LÖHR, T. en TOHIDIPUR, T., "Border Controls at Sea : Requirements under International Human Rights and Refugee Law", *IJRL* 2009, 256-296.
- FOBLETS, M.-C., "Vervolgen of bedrogen beleidsvisies? 30 jaar Belgische vreemdelingenwet (1980-2010)", in W. BRUGGEMAN, E. DE WREE, J. GOETHALS, P. PONSAR, P. VAN CALSTER, T. VANDER BEKEN en G. VERMEULEN (eds.), *Van pionier tot onmisbaar: 30 jaar Panopticon*, Antwerpen, Maklu, 680-729.
- FOBLETS, M.-C. en BOUCKAERT, S., "Het Belgische vreemdelingenrecht ingrijpend hertekend. Een overzicht van de wetswijzigingen 2006-2007", *Themis* 2007-2008, 5-45.
- FOBLETS, M.-C. en VANHEULE, D., "Anno 2006: de Belgische wetgever brengt het vreemdelingenrecht in lijn met de Europese regelgeving. Een tussentijdse stand van zaken.", *R.W.* 2007, 902-920.
- FOBLETS, M.-C. en VANHEULE, D., "Het federale vreemdelingenbeleid in België: enkele recente wetswijzigingen", *T.B.P.* 2007, 5-45.
- FOBLETS, M.-C. en VANHEULE, D., "Instrumentalisation in the realm of (European) Migration Law", *EJML* 2007, 283-286.
- FOBLETS, M.-C., VANHEULE, D. en BOUCKAERT, S., "De nieuwe asielwetgeving: het Belgisch asielrecht kleurt Europees.", *R.W.* 2007, 942-957.
- FRANCIS, A., "Bringing Protection Home: Healing the Schism Between International Obligations and National Safeguards Created by Extraterritorial Processing", *IJRL* 2008, 273-313.
- FRASER, M., "LGBTI asylum seekers: discord between the European Courts?", juli 2014, [www.asylumlawdatabase.eu](http://www.asylumlawdatabase.eu).
- GALLAGHER, A., "Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis", *Human Rights Quarterly* 2001, 975-1004.
- GAMMELTOFT-HANSEN, T., "Outsourcing Migration Management: EU, Power and the External Dimension of Asylum and Immigration Policy," Working paper No 2006/1, *Danish Institute for International Studies*, [www.diiis.dk](http://www.diiis.dk), 16 p.
- GARCIA ANDRADE, P., DI PASCALE, A. en SARRAJ, A., "L'importance des relations bilatérales entre États membres et pays tiers en matière d'immigration : une analyse de l'action extérieure de l'Espagne, la France et l'Italie", in M. MAES, M.-C. FOBLETS, Ph. DE BRUYCKER, D. VANHEULE,

- J. WOUTERS en N. SMITH, *The External Dimensions of EU Asylum and Migration Law and Policy*, Brussel, Bruylant, 2011, 251-339.
- GARLICK, M., "The EU Discussions on Extraterritorial Processing: solution or conundrum", *IJRL* 2006, 601-629
  - GARLICK, M., "EU 'Regional Protection Programmes': Development and Prospects", in M. MAES, M.-C. FOGLETS, Ph. DE BRUYCKER, D. VANHEULE, J. WOUTERS en N. SMITH, *The External Dimensions of EU Asylum and Migration Law and Policy*, Brussel, Bruylant, 2011, 371-386.
  - GARLICK, M. en KUMIN, J., "Seeking Asylum in the EU: Disentangling Refugee Protection from Migration Control" in B. MARTENCZUK en S. VAN THIEL (eds.), *Justice, Liberty, Security: New Challenges to EU External Relations*, Brussels, VUBPress, 2008, 111-145.
  - GEERTSEMA, K., "Toetsing oordeel geloofwaardigheid van het asielrelaas: Terughoudendheid in soorten en maten", *A&MR* 2012, 247-257.
  - GIL-BAZO, M., "The Practice of Mediterranean States in the Context of the European Union's Justice and Home Affairs External Dimension. The Safe Third Country Concept Revisited", *IJRL* 2006, 571-600.
  - GIL-BAZO, M., "The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Right to Be Granted Asylum in the Union's Law", *Refugee Survey Quarterly* 2008, 33-52.
  - GIUFFRÉ, M., "Watered Down Rights On the High Seas: Hirsi Jamaa and others v. Italy", *ICLQ* 2012, 728-750.
  - GOETHALS, M.-C., "De uitsluitingsclausule en de toepassing door de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen", *T. Vreemd.* 2010, 108-121.
  - GOODWIN-GILL, G., "The Principles of International Refugee Law", in COUNCIL OF EUROPE PARLIAMENTARY ASSEMBLY, *Asylum*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 1995, 11-42.
  - GOODWIN-GILL, G., "The Right to Leave, the Right to Return and the Question of a Right to Remain", in V. GOWLLAND-DEBBAS, *The Problem of Refugees in the Light of Contemporary International Law Issues*, Den Haag, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, 93-108.
  - GROENENDIJK, K., "Family Reunification as a Right under Community Law", *EJML* 2006, 215-230.
  - GUILD, E., "The Europeanisation of Europe's Asylum Policy", *IJRL* 2006, 630- 651.
  - GUILD, E. en BIGO, D., "The Transformation of European Border Controls", in B. RYAN en V. MITSILEGAS, *Extraterritorial Immigration Control*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 257-278.
  - GUIRAUDON, V., "Before the EU Border: Remote Control of the 'Huddled Masses'", in K. GROENENDIJK, E. GUILD en P. MINDERHOUD (eds), *In search of Europe's Borders*, The Hague, Kluwer Law International, 2003, 191-214.
  - GUIRAUDON, V. en LAHAV, G., "A Reappraisal of the State Sovereignty Debate: The Case of Migration Control", *Comparative Political Studies* 2000, 163-195.
  - HADDAD, E., "EU Migration Policy: Evolving Ideas of Responsibility and Protection", *Global Responsibility to Protect* 2, 2010, 86-100.
  - HAILBRONNER, K., "Non-Refoulement and 'Humanitarian' Refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking?", *Va. J. Int'l L.* 1985, 854-896.

- HATHAWAY, J.C., “Reconceiving Refugee Law as Human Rights Protection”, in GOWLLAND, V. en SAMSON, K., *Problems and Prospects of Refugee Law*, Geneva, The Graduate Institute of International Studies, 1992, 9-31.
- HATHAWAY, J., “The Human Rights Quagmire of “Human Trafficking””, *Va.J.Int’l*, 2008-2009, 1-59.
- HATHAWAY, J., “What’s in a Label?”, *EJML* 2010, 1-21.
- HATHAWAY, J., “Leveraging Asylum”, *Tex.Int’L.J.* 2010, 503-536.
- HATHAWAY, J. en CUSICK, A., “Refugee Rights Are Not Negotiable”, *Geo. Immigr. L.J.* 2000, 481-539.
- HENNESSY, M., “The Dublin system and the Right to an Effective Remedy—The case of C-394/12 Abdullahi”, december 2013, [www.asylumlawdatabase.eu](http://www.asylumlawdatabase.eu).
- HERVIEU, N., “L’esquisse européenne d’un principe de précaution face aux expulsions de personnes affectées de troubles mentaux”, in *Lettre “Actualités Droits-Libertés” du CREDOF*, 18 avril 2013, 1-6.
- HERVIEU, N., “Droit des étrangers (art. 3 et 13 CEDH) : Une progression sans révolution dans l’appréhension européenne des persécutions religieuses”, *Lettre ADL du CREDOF*, 11 juni 2013.
- HOFMANN, R. en T. LÖHR, “Introduction to Chapter V: Requirements for Refugee Determination Procedures”, in A. ZIMMERMAN (ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 1081-1128.
- HUET, I., “La double peine et la Convention européenne des droits de l’homme”, in LAMBERT, P. en PETTITI, C., *Les mesures relatives aux étrangers à l’épreuve de la Convention européenne des droits de l’homme*, Brussel, Bruylant, 2003, 59-74.
- IGLESIAS SANCHEZ, S. “Fundamental Rights Protection for Third Country Nationals and Citizens of the Union: Principles for Enhancing Coherence”, *EJML* 2013, 137-153.
- JAEGER, G., “On the History of the International Protection of Refugees”, *International Review of the Red Cross* 2001, 731.
- JANSSENS, S. en ROBERT, P., “Le droit d’être entendu en matière d’asile et migration: perspectives belges et européenne”, *RDE* 2013, 379-209.
- JOPPKE, C., “Why liberal states accept unwanted immigration”, *World Politics* 1998, 266-293.
- KÄLIN, W., CARONI, M., en HEIM, L. “Article 33, para. 1 Prohibition of Expulsion or Return (‘Refoulement’”, in A. ZIMMERMAN (ed.), in A. ZIMMERMAN (ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 1327-1395.
- KERBER, K., “The Temporary Protection Directive”, *EJML* 2002, 193-214.
- KJAERGAARD, E., “The Concept of ‘Safe Third Country’ in Contemporary European Refugee Law”, *IJRL* 1994, 649-655.
- KJAERUM, M., “The Concept of Country of First Asylum”, *IJRL* 1992, 514-530.
- KLUG, A., “Regional Developments: Europe”, in A. ZIMMERMAN (ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 122.
- KLUG, A. en HOWE, T., “The Concept of State Jurisdiction and the Applicability of the Non-Refoulement Principle to Extraterritorial Interception Measures”, in B. RYAN en V. MITSILEGAS, *Extraterritorial Immigration Control*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 69-101.



- KROMHOUT, M., "De beleidstheorie van de Vreemdelingenwet 2000 inzake asiel", in M. SCHELTEMA, *Evaluatie Vreemdelingenwet 2000 – De asielprocedure deel 1*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2006, 43-64.
- KOLMANNSSKOG, V. en MYRSTAD, F., "Environmental displacement in European Asylum Law", *EJML* 2009, 313-326.
- LADEBURGER, C., "L'apport de la charte dans le domaine des droits civils et politiques", in J.-Y. CARLIER en O. DE SCHUTTER, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'Homme en Europe*, Brussel, Bruylant, 2002, 105-116.
- LAMBERT, H., "Protection Against Refoulement from Europe: Human Rights Law Comes to the Rescue", *ICLQ* 1999, 515-544.
- LAMBERT, H., "The European Convention on Human Rights and the protection of refugees: limits and opportunities", *Refugee Survey Quarterly* 2005, 39-55.
- LAMBERT, H., "The EU Asylum Qualification Directive, its impact on the jurisprudence of the United Kingdom and International Law", *ICLQ* 2006, 161-192.
- LAMBERT, H. en FARRELL, T., "The Changing Character of Armed Conflict and the Implications for Refugee Protection Jurisprudence", *IJRL* 2010, 237-273.
- LAUTERPACHT, E. en BETHLEHEM, D., "The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion", in E. FELLER, V. TÜRK en F. NICHOLSON, *Refugee Protection in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 87-177.
- LAVENEX, S., "EU External Governance in 'Wider Europe'", *Journal of European Public Policy* 2004, 680-700.
- LAVENEX, S., "Shifting Up and Out: The Foreign Policy of European Immigration Control", *West European Politics* 2006, 329-350.
- LAVENEX, S., "The External Face of Europeanization: Third Countries and International Organizations", in T. FAIST en A. ETTE (eds.), *The Europeanization of National Policies and Politics of Immigration*, Houndmills, Palgrave Macmillan, 2007, 246-264.
- LAVENEX, S. en KUNZ, R., "The migration-development nexus in EU external relations", *European Integration* 2008, 439-457.
- LAVENEX, S. en UCARER, E., "The External Dimension of Europeanization: The Case of Immigration Policies", *Cooperation and Conflict* 2004, 417-443.
- LEBOEUF, L., "Les suites de l'arrêt Cour eur. D.H. Singh. Le dépôt d'un passeport ne dispense pas le demandeur 'manifestement réticent' à coopérer avec les autorités d'établir son dernier lieu de résidence", *Newsletter EDEM*, augustus 2013, 13-16.
- LEGOMSKY, S., "Secondary Refugee Movements and the Return of Asylum Seekers to Third countries: The Meaning of Effective Protection", *IJRL* 2003, 567-677.
- LEJEUNE, L. en F. MATHY, "La jurisprudence du Conseil d'Etat au contentieux médical des étrangers", *R.D.E.* 2001, p. 393-400.
- LEMMENS, P., "Enkele beschouwingen bij de zogenaamde 'volle rechtsmacht' van de rechter bij de toetsing van administratieve sancties", in D. D'HOOGHE, K. DE KETELAERE en A.M. DRAYE (eds.), *Liber Amicorum Marc Boes*, Brugge, die Keure, 2011, 393-410..
- LIEVENS, S., "Case Report on C-411/10, N.S. and C-493/10, M.E. and others, 21 December 2011", *EJML* 2012, 223-238.

- LONG, K., "When refugees stopped being migrants: Movement, labour and humanitarian protection", *Migration Studies* 2013, 4-26.
- MAES, G., "Vreemdelingen zonder legaal verblijf met Belgische kinderen: uitzetting van onderdanen of beschermd gezinsleven als hefboom voor regelmatig verblijf", *T. Vreemd.* 2005, 332-339.
- MAES, A., "Is de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen bevoegd om artikel 3 EVRM te toetsen?", noot bij RVV 30 juli 2007, *T. Vreemd.* 2008, 61-67.
- MAES, M., "De 'herontdekking' van hervestiging in België", *T. Vreemd.* 2010, 122-134.
- MAES, M., "De Terugkeerrichtlijn en onverwijderbare vreemdelingen", *T. Vreemd.* 2011, 241-267.
- MAES, M., "Artikel 3 EVRM en socio-economische en humanitaire omstandigheden in het land van herkomst of terugkeer", *T. Vreemd.* 2013, 19-39.
- MAES, M., VANHEULE, D., WOUTERS, J., en FOBLETS, M.-C., "The International Dimension of EU Asylum and Migration Policy: Framing the Issues", in M. MAES, M.-C. FOBLETS, Ph. DE BRUYCKER, D. VANHEULE, J. WOUTERS en N. SMITH, *The External Dimensions of EU Asylum and Migration Law and Policy*, Brussel, Bruylant, 2011, 9-60.
- MARTENCZUK, B., "Visa Policy and EU External Relations," in B. MARTENCZUK en S. VAN THIEL (eds.), *Justice, Liberty, Security: New Challenges to EU External Relations*, Brussels, VUBPress, 2008, p. 21-52.
- MARX, R., "Article 34 Naturalization", in A. ZIMMERMAN (ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 1441-1456.
- MARX, R., en MACHTS, F., "Article 6 (The Term 'In the Same Circumstances')", in A. ZIMMERMAN (ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 707-713.
- McADAM, J., "The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime", *IJRL* 2005, 461-516
- McADAM, J., "Seeking Asylum under the Convention on the Rights of the Child: a Case for Complementary Protection", *The International Journal of Children's Rights* 2006, 251-274.
- McCRUDDEN, C., "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights", *EJIL* 2008, 655-724.
- MICHELOGIANNAKI, M., "The Negotiations of Directive 2005/85/EC", in K. ZWAAN (ed.), *The Procedures Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2008, 21-26.
- MINK, J., "EU Asylum and Human Rights Protection": Revisiting the Principle of Non-Refoulement and the Prohibition of Torture and Other Forms of Ill-treatment", *EJML* 2012, 119-149.
- MITSILEGAS, V., "Extraterritorial Immigration Control in the 21<sup>st</sup> Century: The Individual and the State Transformed", in RYAN, B. en MITSILEGAL, V., *Extraterritorial Immigration Control*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 39-65.
- MORENO-LAX, V., "Must EU Border Have Doors for Refugees? On the Compatibility of Schengen Visas and Carriers' Sanctions with EU Member States' Obligations to Provide International Protection to Refugees, *EJML* 2008, 315-364.

- MORENO-LAX, V., "The EU Regime on Interdiction, Search and Rescue, and Disembarkation: the Frontex Guidelines for Intervention at Sea", *The International Journal of Maritime and Coastal Law* 2010, 621-635.
- MORENO-LAX, V., "(Extraterritorial) Entry Controls and (Extraterritorial) Non-Refoulement in EU law", in M. MAES, M.-C. FOBLETS, Ph. DE BRUYCKER, D. VANHEULE, J. WOUTERS en N. SMITH, *The External Dimensions of EU Asylum and Migration Law and Policy*, Brussel, Bruylant, 2011, 415-481.
- MORENO-LAX, V., "Seeking Asylum in the Mediterranean: Against a Fragmentary Reading of EU Member States' Obligations Accruing at Sea", *IJRL* 2011, 174-220.
- MORENO-LAX, V., "Dismantling the Dublin System: M.S.S. v. Belgium and Greece", *EJML* 2012, 1-32.
- MORTELMANS, A. "Regularisatie. Overheidsaansprakelijkheid in verband met de uitvoering van het regeerakkoord van 18 maart 2008", *NjW* 2010, 42-52.
- MOTULSKY, F. en BOBRUSHKIN, M., "Le séjour des étrangers en Belgique et le contentieux 'medical'. Aperçu de quelques principes dégagés par la jurisprudence récente du tribunal de première instance de Bruxelles siégeant en référé et de la section d'administration du Conseil d'Etat", *J.T.T.* 1998, 281-287.
- MUYLLE, K., "Raad van State vernietigt instructie regularisatie", *TBP* 2010, 210-211.
- NERAUDAU, E., "L'étendue du contrôle du juge national sur la décision de transfert Dublin II réduit comme peau de chagrin?", *Newsletter EDEM*, januari 2014, 11-18.
- NOLL, G., "Visions of the Exceptional: Legal and Theoretical Issues Raised by Transit Processing Centres and Protection Zones", *EJML* 2003, 303-341.
- NOLL, G., "Seeking Asylum at Embassies: A Right to Entry under International Law?", *IJRL* 2005, 542-573.
- PAHLADSINGH, A., "Feitenvaststelling in asielzaken in de context van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden", *T. Vreemd.* 2011, 74-89
- PALMER, E., "Protecting Socio-Economic Rights Through the European Convention on Human Rights: Trends and Developments in the European Court of Human Rights", *Erasmus Law Review* 2009, 397-425.
- PAPASTAVRIDIS, E., "Interception of Human Beings on the High Seas: A Contemporary Analysis Under International Law", *Syracuse J. Int'l L en Com.* 2009, 145-228.
- PAPASTAVRIDIS, E., "'Fortress Europe' and FRONTEX: Within or Without International Law?", *Nordic Journal of International Law* 2010, 75-111.
- PARKES, R., "EU Mobility Partnerships: A Model of Policy Coordination?", *EJML* 2009, 327-345.
- PEERS, S., "Immigration, asylum and the European Union Charter of fundamental rights", *EJML* 2001, 141-169.
- PEERS, S., "International Law, Human Rights, and EU Asylum and Migration Policy", in M. MAES, M.-C. FOBLETS, Ph. DE BRUYCKER, D. VANHEULE, J. WOUTERS en N. SMITH, *The External Dimensions of EU Asylum and Migration Law and Policy*, Brussel, Bruylant, 2011, 63-88.
- PEERS, S., "Legislative Update 2011, EU Immigration and Asylum Law: The Recast Qualification Directive", *EJML* 2012, 199-221.

- PERONI, L. en TIMMERS, A., "Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention Law", *International Journal of Constitutional Law* 2013, 1056-1085.
- PETIN, J., "Extradition et troubles mentaux : la prise en compte croissante de la vulnérabilité par la Cour européenne des droits de l'Homme", *GDR-ELSJ*, 23 avril 2013.
- PHUONG, C., "The Concept of 'Effective Protection' in the Context of Irregular Secondary Movements and Protection in Regions of Origin", *Global Migration Perspectives* 2005, nr. 26, 1-14.
- PIOTROWICZ, R. "Human Security and Trafficking of Human Beings: The Myth and the Reality", in A. EDWARDS en C. FERSTMAN (eds.), *Human Security and Non-Citizens*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 404-418.
- PIOTROWICZ, R., "States' Obligation under Human Rights Law towards Victims of Trafficking in Human Beings: Positive Developments in Positive Obligations", *IJRL* 2012, 181-201.
- PIOTROWICZ, R. en VAN ECK, C. "Subsidiary Protection and Primary Rights", *Int'l & Comp. L.Q.* 2004, 107-138.
- PIRJOLA, J., "European Asylum Policy: Inclusions and Exclusions Under the Surface of Universal Human Rights Language", *EJML* 2009, 347-366.
- POLLET, K., "De (niet-) toepassing van de Dublinverordening inzake Griekenland: rechterlijke twijfels bij het fundament van het Gemeenschappelijk Europees Asielsysteem", *T. Vreemd.* 2010, 8-18.
- POLLET, K., "The Negotiations on the Return Directive: Challenges, Outcomes and Lessons Learned from an NGO Perspective"; in K. ZWAAN (ed.), *The Returns Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2011, 25-38.
- PROBOY, J.C., "Treating Alike: the Principle of Non-Discrimination as a Tool to Mandate the Equal Treatment of Refugees and Beneficiaries of Complementary Protection", *Melb.U.L.Rev.* 2010, 181-228.
- REES, W., "Inside Out: The External Face of EU Internal Security Policy", *European Integration* 2008, 97-111.
- RENEMAN, M., "An EU Right to Interim Protection During Appeal Proceedings in Asylum Cases?", *EJML* 2010, 407-434.
- RENEMAN, M., "Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: mogelijke betekenis voor het vreemdelingenrecht", *A&MR* 2010, 233-244.7
- RENEMAN, M., "Speedy Asylum Procedures in the EU: Striking a Fair Balance Between the Need to Process Asylum Cases Efficiently and the Asylum Applicant's EU Right to an Effective Remedy", *IJRL* 2014, 717-748.
- RIJPMAN, J., en CREMONA, M. "The Extra-Territorialisation of EU Migration Policies", *EUI Working Papers, LAW* 2007/01, <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/6690>, 24 p.
- ROBERT, P., "Les articles nouveaux 9bis et 9ter, une réforme inachevée", *Rev.dr.étr.* 2007, 3-11.
- ROIG, A. en HUDDLESTON, T., "The EC Readmission Agreements: A Re-Evaluation of the Political Impasse", *EJML* 2007, 363-387.
- RYAN, B., "Extraterritorial Immigration Control: What Role for Legal Guarantees?", in RYAN, B. en MITSILEGAL, V., *Extraterritorial Immigration Control*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 3-37.
- SAROLEA, S., "De omzendbrief van 1 maart 1995 tot herziening van de status van ontheemde", *T. Vreemd.* 1996, 277-280.

- SAROLEA, S., “Le droit au regroupement de famille. La famille à l’épreuve de la migration. Migrer ou vivre en famille... faut-il choisir?” in M.-C. FOBLETS, D. VANHEULE en M. MAES (eds), *Migratie- en migrantenrecht deel 14 – Dertig jaar Vreemdelingenwet*, Brugge, die Keure, 2011, 301-426.
- SAROLEA, S., “Pas d’extradition vers les États- Unis d’une personne atteinte de graves troubles mentaux”, *Newsletter EDEM*, avril 2013, 13.
- SAROLEA, S., “Le réfugié surplace à Strasbourg”, noot bij EHRM 7 januari 2014, nr. 58802/12, *A.A. v. Zwitserland*, *Newsletter EDEM*, januari 2014.
- SCHMALH, S., “Article 1 A, para. 1 – Definition of the Term ‘Refugee’”, in A. ZIMMERMAN (ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 247-279.
- SKORDAS, A., “Article 7 (exemption from reciprocity)”, in A. ZIMMERMAN (ed.), .), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 719-720.
- SKRAN, C.M., “Historical Development of International Refugee Law”, in A. ZIMMERMAN (ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 7-14.
- SOMERS, E., “De beoordeling van 'regularisatie'-aanvragen (art. 9bis Vw.) met criteria uit de instructie van 19 juli 2009 na de Raad van State-rechtspraak: rien ne va plus?”, *T. Vreemd.* 2013, 210- 223.
- SPIJKERBOER, T., “Subsidiarity and ‘Arguability’: the European Court of Human Rights’ Case Law on Judicial Review in Asylum Cases”, *IJRL* 2009, 48-74
- SPIJKERBOER, T., “Stretching The Limits. European Maritime Border Control Policies and International Law”, in M. MAES, M.-C. FOBLETS, Ph. DE BRUYCKER, D. VANHEULE, J. WOUTERS en N. SMITH, *The external dimensions of EU asylum and migration law and policy*, Brussel, Bruylant, 2011, 387-413.
- SPIJKERBOER, T., “Het debat over het Europese Hof voor de Rechten van de Mens”, *NJB* 2012, 254-262.
- SPIJKERBOER, T. en ARBAOUI, Y., “Council Directive 2005/85/EC of 1 December 2005 on Minimum Standards on Procedures in Member States for Granting and Withdrawing Refugee Status”, in K. HAILBRONNER (ed), *EU Immigration and Asylum Law – Commentary*, München, C.H. Beck – Hart – Nomos, 2010, 1227-1350.
- STAFFANS, I., “Judicial Protection and the New European Asylum Regime”, *EJML* 2010, 237-297.
- STOREY, H., “The Right to Family Life and Immigration Case-Law at Strasbourg”, *ICLQ* 1990, 328-344.
- STOREY, H., “EU Refugee Qualification Directive: a Brave New World”, *IJRL* 2008, 1-49.
- STERKX, S., “The External Dimension of EU Asylum and Migration Policy: Expanding Fortress Europe?,” in J. ORBIE (ed.), *Europe’s Global Role: External Policies of the European Union*, Aldershot, Ashgate, 2008, 117-138.
- SUNDBERG, F., Keynote presentation, in COUNCIL OF EUROPE, *2<sup>nd</sup> Colloquy on the European Convention on Human Rights and the protection of refugees, asylum-seekers and displaced persons*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2000, 111-113.
- THYM, D., “Respect for Private and Family Life Under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay?,” *ICLQ* 2008, 87-112.

- TONER, H., "The Family Reunification Directive: A Tool Preserving Member State Interest or Conducive to Family Unity?", in A. BALDACCINI, E. GUILD en H. TONER (eds), *Whose Freedom, Security and Justice?*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 451-488.
- TRAUNER, F. en KRUSE, I., "EC Visa Facilitation and Readmission Agreements: A New Standard EU Foreign Policy Tool?", *EJML* 2008, 411-438.
- VAN DER SIJPT, E. en HERBOTS, P., "De verblijfsrechtelijke bescherming van slachtoffers van mensenhandel en -smokkel", *R.W.* 2007-2008, 1010-1030.
- VANDERVOORT, L., "De staatloze in België: op zoek naar een status met rechten en plichten", *T.Vreemd.* 2007, 244-263.
- VANHEULE, D., "Bedenkingen bij de tijdelijke beschermingsmaatregelen in Europa", *T. Vreemd.* 1996, 270-274.
- VANHEULE, D. "Asiel in België: vluchtelingen- en subsidiaire beschermingsstatus", in M.-C. FOBLETS, S. LUST, D. VANHEULE en Ph. DE BRUYCKER (eds), *Migratie- en migrantenrecht deel 12, De nieuwe Vreemdelingenwet: België in lijn met de Europese regelgeving*, Brugge, die Keure, 2007, 255-271.
- VANHEULE, D., "Internationale bescherming in de Vreemdelingenwet: asiel en meer", in FOBLETS, M.-C., VANHEULE, D. en MAES, M. (eds), *Migratie- en migrantenrecht deel 14, Dertig jaar vreemdelingenrecht*, Brugge, Die Keure, 2011, 429-459.
- VAN NUFFEL, P., "Having 'The Law' Observed. The Role Played by the European Court of Justice in the Application of EU and International Law towards Third-Country Nationals", in M. MAES, M.-C. FOBLETS, Ph. DE BRUYCKER, D. VANHEULE en J. WOUTERS (eds), *External Dimensions of EU Migration and Asylum Law and Policy*, Brussel, Bruylant, 2011, 89-117.
- VAN WALSUM, S., "Jurisprudentie over migratierecht en gezinsleven. Deel II: Artikel 8 EVRM", *AenMR* 2010, nr. 10, 520-530.
- VEDSTED-HANSEN, J., "Common EU Standards on Asylum: Optional Harmonisation and Exclusive Procedures?", *EJML* 2005, 369-376.
- VERMEULEN, G., "Visa: een instrument in de strijd tegen mensensmokkel en mensenhandel?", *T. Vreemd.* 2007, 194-200.
- VERSCHUEREN, H., "Gezinshereniging met EU-burgers door derdelandsonderdanen. Twee opmerkelijke arresten van het Europese Hof van Justitie in de zaken *Akrich* en *Zhu en Chen*", *T. Vreemd.* 2005, 113-124.
- VOGELAAR, F., "'Protection gap' in de asielprocedure", *T. Vreemd.* 2013, 55-66.
- WEDEMEIJER, J., "De nieuwe asielprocedure", *A&MR* 2010 Nr. 8, 398-407.
- ZIMMERMANN, A. en MAHLER, C., "Article 1A, para. 2 Definition of the Term 'Refugee', in A. ZIMMERMAN (ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 281-466.
- ZWART, T., "Een steviger opstelling tegenover het Europees Hof voor de Rechten van de Mens bevordert de rechtsstaat", *NJB* 2011, 343-346.
- ZWART, T., "Bied dat mensenrechtenhof weerwerk", *NRC* 17 januari 2011, 9.